

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

INFLUENCE DE LA CONVERSION RELIGIEUSE

SUR LA

CONDITION JURIDIQUE DES PERSONNES EN ALGÉRIE

De quelques questions algériennes

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le jeudi 2 juin 1910, à 3 heures

PAR

Pierre MARY

Lauréat de l'école de droit d'Alger

Président : M. WEISS, professeur.

*Suffragants : } MM. LESEUR, professeur.
PERREAU, professeur.*



LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

22, Rue Soufflot, PARIS-5^e

L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

1910

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses ; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

INFLUENCE DE LA CONVERSION RELIGIEUSE

SUR LA

CONDITION JURIDIQUE DES PERSONNES EN ALGÉRIE

De quelques questions algériennes

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le jeudi 2 juin 1910, à 3 heures

PAR

Pierre MARY

Lauréat de l'école de droit d'Alger

Président : M. WEISS, professeur.

*Suffragant : } MM. LESEUR, professeur.
PERREAU, professeur.*



LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

22, Rue Soufflot, PARIS-5^e

L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

1910

Digitized by the Internet Archive
in 2026

A MON PÈRE ET A MA MÈRE VÉNÉRÉS

*Je dédie ce travail en signe de pieuse reconnaissance
Ceux qui savent combien je leur dois s'étonneront du
peu que je leur donne.*

P. M.

— 8 —

Influence de la conversion religieuse

SUR LA

CONDITION JURIDIQUE DES PERSONNES EN ALGÉRIE

PRÉFACE

Dans la plupart des sociétés modernes, les individus ont une condition juridique indépendante de la religion qu'ils pratiquent. Cet état de choses n'a pas toujours existé; il faut même dire qu'aux premiers temps de l'Histoire, il n'en a jamais été ainsi. C'est presque une banalité de dire que toutes les civilisations ont commencé par pousser des racines profondes dans le domaine religieux; c'est, en tout cas, une vérité sociologique incontestée et incontestable... En sorte que le droit s'est originairement confondu avec la religion et qu'il a fallu une évolution, plus ou moins rapide, plus ou moins complète selon les circonstances et les pays, pour que la notion du « droit pur » se dégageât des dogmes religieux qui

la masquaient, l'obscurcissaient au point de l'annihiler.

Mais, par ailleurs, il ne faudrait pas croire qu'il suffise à une société d'arriver à la période où les éléments constitutifs et distinctifs à la fois du « Jus » et du « Fas » apparaissent très nettement, pour qu'elle se refuse à consacrer désormais toute influence juridique de la religion sur la condition des personnes.

Bon nombre de sociétés, bien qu'ayant depuis longtemps compris l'abîme qu'il y a entre des règles qui régissent les rapports des hommes entre eux et qui constituent le droit dans son sens le plus technique et le plus positif, et celles qui sont relatives aux rapports des hommes avec leurs dieux, n'en ont pas moins établi, selon les croyances, des différences sociales et juridiques entre les citoyens.

Sans remonter très loin, les ^{xvii}^e et ^{xviii}^e siècles qui comptent parmi les plus glorieux de notre histoire du droit, au cours desquels les discussions juridiques s'élaborent avec une netteté parfaite, sans que rien ne vienne obscurcir la ligne de démarcation lumineuse depuis longtemps tracée entre le « Jus » et le « Fas », ont connu un fossé profond entre la condition des catholiques et celle des protestants. Et ce n'est certes pas le Premier Empire qui a parachevé sur le terrain du droit, l'émancipation de la race juive commencée par la Révolution !

Ces inégalités, privilèges pour les uns, défaveurs pour les autres, tiennent à des raisons profondes et éternelles.

Profondes, parce qu'elles prennent naissance au plus intime de l'être humain ; il faut à l'homme une certaine grandeur d'âme et une certaine liberté d'esprit pour n'être pas tenté de voir un obstacle à son activité intellectuelle et morale, dans une opinion et dans une croyance contraires aux siennes.

Éternelles, car les hommes changent, mais l'orientation générale du cœur et de l'esprit humains reste la même, sous des dehors plus ou moins variés.

Aussi bien, ces craintes, ces passions, ont toujours agité les gouvernants d'un pays, tout comme les individus : et avec plus de force, puisque leur tâche est complexe, puisqu'ils ont à assurer le fonctionnement parfait de l'énorme machine qui doit procurer le maximum de bien-être moral et matériel aux membres du pays ; avec plus de force, parce que le heurt de deux croyances individuelles ne saurait avoir la gravité que présente pour un État le choc qui se produit inéluctablement entre l'omnipotence à laquelle il prétend, et l'omnipotence traditionnelle de toutes les religions.

Les religions vraiment dignes de ce nom ont toujours suscité la crainte, la méfiance et l'hostilité des gouvernants, parce que dominant les âmes, parce qu'ayant une autorité morale souvent prodigieuse,

elles soustraient à l'autorité de l'État une partie du peuple. Les religions vraiment dignes de ce nom sont exposées, dans l'immense majorité des cas, à être inféodées à l'État ou à être persécutées par lui.

C'est pour cela que les Romains ont traqué le christianisme, qu'ils ont essayé de l'annihiler dès sa naissance, et qu'ils décidèrent de l'atteler au char de l'État, d'en faire un culte officiel, lorsqu'ils perdirent tout espoir d'abattre cette gigantesque Hydre de Lerne, qui se relevait triomphante à chaque coup qui lui était porté. C'est pour cela que Louis XIV qui incarnait au plus haut degré les idées d'absolutisme s'inféodait l'Eglise catholique pour mieux s'assurer contre sa force d'expansion, tandis qu'il ébranlait par tous les moyens possibles, sans trêve ni merci, l'œuvre des protestants qui voulaient former un État dans l'État. Et c'est pour cela que de nos jours, parmi les nations qui, par leur civilisation, sont au rang de la France dont les penseurs de la fin du XVIII^e siècle ont répandu à flots les idées de tolérance, et dont la tourmente révolutionnaire semble avoir emporté jusqu'aux moindres parcelles des haines religieuses, parmi celles-là, il en est qui infligent à leurs membres l'inégalité devant la loi et les pouvoirs publics parce qu'ils professent des religions différentes.

Nous n'avons pas l'intention dans notre modeste travail d'aborder des questions aussi difficiles et

aussi périlleuses que ces problèmes politiques ; nous n'allons pas rechercher s'il n'y a pas dans la législation française ou plus exactement dans la législation algérienne, des vestiges de cette inégalité qui a été si longtemps une des plaies de notre ancienne France.

Plus simplement, et plus juridiquement pensons-nous, nous allons nous demander, si en Algérie, à raison d'une certaine confusion du « Jus » et du « Fas » la condition juridique des personnes n'est pas susceptible de varier avec la religion professée.

Lors de la prise d'Alger, le maréchal de Bourmont promit solennellement de respecter les croyances de tous les habitants ; cette promesse entraînait fatalement le respect de la législation des juifs et des musulmans, qui est à la fois un ensemble de dogmes et de principes de droit. Pour les musulmans, en effet, le Coran est en même temps la source du droit et de la religion ; pour les juifs, le Pentateuque fait pendant au Coran.

Des atteintes plus au moins nombreuses ont été portées à l'intégrité de la loi mosaïque et de la loi islamique, mais en fait et en droit pour les musulmans, les lois coraniques trouvent encore aujourd'hui, et dans une large mesure, application constante ; en fait, sinon en droit, la loi mosaïque produit encore des effets assez importants pour les Israélites. La loi française n'existe donc pas seule en Algérie, elle ne régit

pas souverainement et à l'exclusion de toute autre les Français d'Algérie. A côté d'elle, la battant en brèche, coexistent deux lois religieuses qui fonctionnent comme lois civiles, portant partiellement atteinte au grand principe de l'indépendance du droit et de la religion.

Et l'on comprend, dès lors, comment devant cette coexistence, nous avons été amené à nous demander si une conversion religieuse ne produisait pas des effets juridiques sur les personnes qu'elle touche.

C'est pour résoudre une pareille question que nous avons entrepris ce travail. Nous l'avons commencé hardiment avec l'ardeur inexpérimentée qui est l'apanage de notre âge. Mais bientôt nous est venu un scrupule, qui se précisait à mesure que nos recherches et nos réflexions devenaient plus nombreuses. Nous avons été frappé par l'attachement merveilleux que professent juifs et musulmans pour leur foi ; nous nous sommes rappelé que le christianisme, d'autre part, se laissait peu entamer par ces deux religions quelque peu rétrogrades, et ainsi nous avons été amené à nous demander si, à raison du peu de conversions qui s'opèrent en Algérie, l'effort que nous allions produire pour résoudre notre problème ne nous mènerait pas à des solutions souvent impraticables et vaines.

Et nous avons beau nous dire que la théorie pure a sa valeur ; nous avons beau nous dire, qu'en par-

ticulier, dans la science juridique, les discussions théoriques sont fécondes parce qu'elles assouplissent l'esprit, parce qu'elles lui permettent de trancher avec facilité et élégance des questions dont il serait souvent fort malaisé de trouver la solution si le raisonnement ne permettait pas de s'élever au-dessus de l'examen purement terre à terre et étroit des faits matériels ; parce qu'en d'autres termes, elles préparent le praticien en le familiarisant avec les hypothèses les plus variées, toujours se faisait entendre en nous, timide mais tracassière, la voix de notre conscience.

Nous l'avons fait taire, nous avons écouté nos scrupules.... Nous nous sommes souvenu d'un mot du célèbre philosophe Henri Heine. Heine raconte qu'un industriel anglais avait construit un homme articulé, qui parlait, marchait vivait à l'image de l'être humain ; mais bientôt le constructeur se vit poursuivre par son œuvre qui lui demandait sans cesse, et sur un ton douloureux, *give me a soul* « donne-moi une âme » ! Et Heine constate que si c'est une chose lamentable qu'un corps sans âme, il est peut-être plus lamentable de voir une âme sans corps.

Une âme sans corps ! N'était-ce pas le sort qui attendait notre travail si nous l'orientions presque exclusivement vers le domaine de la théorie ?

Sans doute ; et nous ne l'avons pas voulu.

Nous n'avons pas quitté le terrain où nous avions

pris pied, nous n'avons pas, passant d'un extrême à l'autre, sacrifié nos discussions théoriques ; nous l'avons d'autant moins fait, qu'au mérite que nous leur reconnaissons tout à l'heure, venait s'ajouter pour nous la considération que nous élaborions une thèse, que par là nous avions à cœur avant tout de terminer le plus dignement possible nos études juridiques, et que pour raisonner théoriquement, nous n'en avions pas moins la possibilité de donner la mesure des notions que nous avons acquises.

Mais nous avons été plus loin, nous avons voulu un tout harmonique ; nous n'avons pas voulu risquer de rompre l'équilibre de notre travail en nous plaçant trop exclusivement au-dessus des faits ; nous n'avons pas voulu qu'il fût boiteux. Et c'est ainsi que nous avons élargi les premiers cadres que nous nous étions tracés. A la recherche de certains effets de droit dérivant de la conversion religieuse, à laquelle nous nous étions adonné, nous avons rattaché le plus que nous l'avons pu, et le moins lourdement possible, l'étude de principes de législation algérienne, qui prennent contact avec la vie de tous les jours. Nous nous sommes rappelé les paroles de Heine, et nous avons essayé que notre modeste ouvrage fût un corps autant qu'une âme. Nous espérons l'avoir fait sans en avoir rompu l'unité...

Nous avons conscience de notre faiblesse et de notre inexpérience. Nous n'espérons pas échapper

au sort mélancolique de presque tous ceux qui écrivent. Nous nous rendons compte que nos constructions les plus laborieusement édifiées, que nos idées les plus chères vont crouler sous les attaques impitoyables de la critique. Nous demandons seulement à ceux qui nous feront l'honneur de nous lire jusqu'au bout, de considérer que nous avons toujours écrit, sinon avec science, du moins avec conscience, sinon avec talent, du moins avec probité. Puisse cette considération les rendre plus indulgents !

Paris, le 11 mars 1910.

PIERRE MARY.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages et écrits doctrinaux

- APCHÉ (Ch.). — De la condition juridique des indigènes en Algérie, dans les Colonies et dans les pays de protectorat. (Thèse.) Paris, 1898.
- AUBRY ET RAU. — Cours de droit civil.
- AUDINET. — Principes élémentaires de droit international privé.
- La nationalité française en Algérie et en Tunisie d'après la législation récente, monographie parue dans la Revue algérienne et tunisienne, de législation et de jurisprudence (1889.1, p. 149 et s.).
 - La nationalité des Israélites algériens, monographie parue dans la Revue générale de droit international public (1897, p. 483 et s.).
- BACHMANN (Paul). — De la condition des personnes en Algérie. (Thèse.) Nancy, 1896.
- BESSON (Emmanuel). — La législation civile de l'Algérie, Paris, 1894.
- BONET-MAURY. — L'islamisme et le christianisme en Afrique, Paris, 1906.
- BUNSEN (C.-C.-J.). — Dieu dans l'Histoire. Traduction Dietz. Paris, 1867.
- BURDEAU. — Rapport sur la loi du 20 juillet 1891 dans le Code de l'Algérie annoté par Estoublon et Lefébure. Alger, 1895, p. 919.

- CHARDENNET. — Conclusions rapportées au recueil de Sirey, 1903 3.33.
- CHARPENTIER (Léon). — Précis de législation algérienne et tunisienne. Alger 1899.
- COGORDAN (Georges). — La nationalité au point de vue des rapports internationaux, 2^e édition, Paris, 1890.
- COHEN (Jacques). — Les Israélites de l'Algérie et le décret Crémieux. (Thèse.) Paris, 1900.
- DALLOZ. — Répertoire de législation et de jurisprudence, v^o Organisation de l'Algérie. Paris, 1869 ; et supplément, v^o cit. Paris, 1897. (Abréviation : D. Répert., etc...).
- DELANGLE. — Rapport présenté par Delangle le 30 juin 1865 dans le Code de l'Algérie annoté par Estoublon et Lefébure, Alger, 1895, à la page 304 et s.
- DEMOLOMBE. — Cours du Code civil.
- DESPAGNET (Frantz). — Précis de droit international privé.
- DESJARDINS (Avocat général). — Conclusions, dans le Journal de droit international privé (1900, p. 969).
- DUBOIN. — Rapport, précédant l'arrêt de la Chambre des requêtes du 22 mai 1905, dans la Revue de droit international privé (1906, p. 540).
- DUNOYER (Léon). — Étude sur le conflit des lois spécial à l'Algérie. (Thèse). Paris, 1888.
- ESTOUBLON ET LEFÉBURE. — Code de l'Algérie annoté, Alger, 1895, et suppléments publiés chaque année.
- FAGUET (Émile). — Le Libéralisme. Chapitre des « libertés religieuses », p. 110. Paris 1903.
- FLANDIN. — Exposé des motifs fait le 22 juin 1865, dans le Code de l'Algérie annoté par Estoublon et Lefébure. Alger 1895, p. 302.
- FRÉGIER. — De la naturalisation des indigènes et des étrangers en Algérie. Sétif, 1863.
- FUSTEL DE COULANGES. — La Cité antique. Paris 1881.

Gazette du Palais. — Répertoire encyclopédique du droit français, v^o Algérie, Paris 1889.

GIRAULT. — Principes de colonisation et de législation coloniale.

GODIN. — De l'application du droit musulman en Algérie. (Thèse.) Bordeaux, 1900.

GUIZOT. — Histoire de la civilisation en Europe.

HAMEL. — De la naturalisation des indigènes musulmans de l'Algérie, monographies parues dans la Revue algérienne. (Années 1886-1887-1890).

HOUDAS (O.). — L'Islamisme. Paris, 1904.

HUC (Théophile). — Commentaire théorique et pratique du Code civil.

HUGUES (Albert). — La nationalité française chez les musulmans de l'Algérie. (Thèse.) Paris, 1899.

KLEIN. — De la condition juridique des indigènes d'Algérie sous la domination française. (Thèse.) Paris, 1906.

LABBÉ. — Note sous arrêt du 16 mai 1879, au Sirey, 1879, 2, p. 281.

LAINÉ. — Note sous arrêt du 13 février 1903, rapporté dans la Revue algérienne et tunisienne, 1904, 2, p. 241.

LANON MAC COLL. — Islam and Civilisation, 1888.

LARCHER (Émile). — Traité élémentaire de Législation algérienne, 2 volumes. Paris, 1903.

— Des effets du mariage d'une femme indigène musulmane avec un indigène admis à la jouissance des droits de citoyen, après la dissolution de ce mariage, monographie parue dans la Revue algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence. Année 1908, I.

— Effets juridiques du changement de religion en Algérie, monographie parue dans le Journal du droit international privé (année 1908), et dans la Revue algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence (année 1910, I, p. 1).

- LARCHER (Émile). — La justice répressive dans les territoires du Sud, monographie parue dans la Revue algérienne et tunisienne, etc... (année 1909, 1^{re} partie).
- Très nombreuses notes, sous jugements et arrêts, dans la Revue algérienne et tunisienne, etc.
- LAURENT. — Principes de droit civil.
- LUCIANI. — Traité des successions musulmanes. Paris, 1890, 1 volume.
- MALLARMÉ (André). — Les Conseils locaux algériens et la représentation des indigènes. (Thèse.) Paris, 1901.
- MADIER DE MONTJAU. — Rapport précédant un arrêt de la Chambre des requêtes, du 14 août 1841, rapporté au Sirey, 1841, I, p. 619.
- MILLIOT (Louis). — Étude de la condition de la femme musulmane au Maghreb (Maroc, Algérie, Tunisie). (Thèse). Paris, 1910.
- MOHAMMED BEN CHENEB. — Du mariage entre musulmans et non musulmans, monographie parue dans les Archives marocaines, t. XV.
- MORAND. — La famille musulmane, monographie parue dans la Revue algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence, année 1903.
- NORÈS (E.). — Codification du droit musulman, travaux parus dans la Revue algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence, de 1903 à 1908.
- OLIER. — Les résultats de la législation sur la nationalité en Algérie, monographie parue dans la Revue politique et parlementaire (année 1897, t. 13, p. 548 et s.).
- Pandectes françaises. — Répertoire de doctrine de législation et de jurisprudence.
- PERRON. — Traduction du précis de jurisprudence musulmane de Sidi-Khalil, Paris 1854, 6 volumes.
- PETIT (E.). — Organisation des colonies françaises.
- PLANIOL. — Traité élémentaire de droit civil.
- RACK. — Effets de la naturalisation d'un indigène musul-

- man survenue pendant le mariage sur la condition de sa femme et de ses enfants, monographie parue dans le Journal de la jurisprudence de la cour d'appel d'Alger (année 1885).
- ROBE (Eugène). — Historique du régime politique des indigènes, monographie parue dans le Journal de la jurisprudence de la Cour d'appel d'Alger (année 1895).
- ROUGIER. — Précis de législation et d'économie coloniale.
- SAUTAYRA et CHERBONNEAU. — Droit musulman. Du statut personnel et des successions, Paris 1873, 2 volumes.
- SARRUT. — Conclusions dans Dalloz périodique, année 1896, t. I, p. 356 et suivantes.
- SECRETAN (Charles). — La civilisation et la croyance, Paris, 1882.
- SUMIEN (Paul). — Le régime législatif de l'Algérie.
- SURVILLE (F.). — Naturalisation d'un indigène musulman. Ses effets au regard du statut personnel des enfants mineurs du naturalisé. Monographie parue dans la Revue critique de législation et de jurisprudence (année 1894, p. 257).
- THOMAS (Jean). — L'Électorat aux délégations financières, monographie parue dans la Revue de droit public et de la science politique (mai-avril 1900).
- TILLOY (René). — Répertoire alphabétique de jurisprudence de doctrine et de législation algérienne et tunisienne.
- TISSIER. — De l'application du décret du 24 octobre 1870 sur les indigènes israélites de l'Algérie, monographie parue dans la Revue algérienne et tunisienne, etc. (année 1891, I, p. 69 et s.). Note dans le recueil de Sirey (année 1897, I, p. 97 et s.).
- WEISS (André). — Traité théorique et pratique de droit international privé.
- ZEYS (E.). — Traité élémentaire de droit musulman (école Molekite) 2 vol. Alger, 1885-1886.

Recueils de Législation

- ESTOUBLON et LEFÉBURE. — Code de l'Algérie annoté, Alger 1895, avec suppléments annuels. Estoublon et Lefébure.
- MENERVILLE (de). — Dictionnaire de la législation algérienne 1830-1872 ; 3 volumes, Alger-Paris, 1867-1872.
- HUGUES ET LAPRA. — Code algérien, 1872-1878, faisant suite au précédent, 1 vol. Blida. Paris, 1878.
- SAUTAYRA, HUGUES ET LAPRA. — Législation de l'Algérie 1878-1883, faisant suite au précédent, 1 vol. Paris, 1884.
- HUGUES. — Législation de l'Algérie, 1883-1887, faisant suite au précédent, 1 vol. Blida, 1888.
- Revue algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence, 3^e partie.

Recueils de jurisprudence

- Jurisprudence algérienne, publiée par Robert Estoublon (pour la période 1830-1876). Alger : J. A.
- Bulletin judiciaire de l'Algérie, comprenant la jurisprudence algérienne pour la période 1877-1884 : R. J. A.
- Revue algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence, publiée par l'Ecole de Droit (actuellement faculté) d'Alger, depuis 1885 : R. A.
- Journal de la jurisprudence de la Cour d'Alger publié par M. Eugène Robe à partir de 1857; Robe.
- Pandectes françaises périodiques : Pand. fr. pér.
- Recueil de Dalloz : D. P.
- Recueil de Sirey : S.
- Journal du Palais : P.

INTRODUCTION

L'annexion de l'Algérie par la France a eu pour conséquence l'acquisition de la nationalité française par toute la population algérienne qui était soumise à la domination turque (1).

Cette population, exclusivement composée de musulmans et de juifs, a toujours été, depuis la conquête, soumise à un régime législatif exceptionnel, écartant sur bien des points l'application des lois de la métropole.

Une distinction fondamentale, dictée par la nature même des choses, s'était en effet bien vite établie parmi les habitants de nos nouvelles possessions. Les Français qui étaient venus se fixer sur le sol algérien, y apportant leur activité, leur intelligence et leurs richesses, n'avaient naturellement pas perdu la jouissance de leurs droits. Toutes les lois passées ou à venir, sous la réserve bien évidemment de leur applicabilité dans la colonie, devenaient leur guide et leur sauvegarde comme pour les citoyens habitant

1. Cette annexion a été l'œuvre de l'ordonnance du 22 juillet 1834.

la mère patrie. Ceux, au contraire, qui devenaient Français par l'annexion, et qu'on prit vite l'habitude, en doctrine, en jurisprudence et en législation de désigner sous le terme vague *d'indigène* restaient en fait soumis à un régime exceptionnel. La jurisprudence (1) suivie par l'administration était arrivée à la conception suivante de l'indigène : C'était un Français, mais un Français qui, d'une part, n'avait ni l'exercice ni la jouissance des droits politiques les plus importants (2), et qui, d'autre part, pouvait en vertu de la parole donnée par le général en chef lors de la capitulation d'Alger (3) conserver l'application de sa loi nationale (4). Cette qualification juridique de l'indigène a été consacrée législativement.

1. Cf. Alger, 24 février 1862, D. P. 1862.2.179 ; Civ. Rej., 15 février 1864.1.67 ; Civ., 29 mai 1865, D. P., 1865.1.482.

2. Nous disons « les plus importants » ; il est en effet inexact de dire avec la formule courante que l'indigène n'a jamais eu et n'a pas de droits politiques. (V^o Charpentier, *Précis de législation algérienne et tunisienne*, 1899 au n^o 586.)

Il en a eu quelques-uns de très bonne heure, qu'il n'appartenait pas à la jurisprudence de lui refuser parce qu'ils découlaient de textes. Dès 1848 il a eu des représentants dans les conseils municipaux ; D. du 16 août 1848. Dès 1858, il en a eu aux conseils généraux ; D. du 14 novembre 1858.

3. Convention du 5 juillet 1830 : « L'exercice de la religion mahométane restera libre. La liberté des habitants de toutes les classes, leur religion, leurs propriétés, leur commerce et leur industrie ne recevront aucune atteinte ; leurs femmes seront respectées. »

4. Cette loi nationale, c'est-à-dire la loi coranique ou la loi mosaï-

Le sénatus-consulte du 14 juillet 1865 (1), encore en vigueur dans ses grandes lignes, a transformé l'état de fait en un état de droit tant pour l'indigène musulman (art. 1) que pour l'indigène israélite (art. 2).

Mais l'indigène israélite n'existe plus, en droit, depuis le décret du 24 octobre 1870 qui l'a élevé à la dignité de citoyen, en faisant ainsi, un Français plein et entier (2). Le seul indigène à l'heure actuelle est donc l'indigène musulman.

que, a trouvé à l'origine une application absolue ; tant en ce qui concerne le droit pénal que le droit civil.

On est vite arrivé à retirer aux rabbins et aux cadis, juges israélites et musulmans, toute compétence en matière pénale. Cf. pour les Israélites l'ordonnance du 10 août 1834 ; pour les musulmans les D. D. du 28 février 1841 et du 26 septembre 1842.

1. Estoublon et Lefébure, page 302. La portée de la loi mosaïque et de la loi coranique a été restreinte (même en matière civile) dès avant l'apparition du sénatus-consulte de 1865, par une loi du 16 juin 1851. Cette loi retirait l'application de la loi juive aux Israélites en ce qui concernait leur statut réel. Elle restreignait d'ailleurs aussi l'empire de la loi musulmane, en matière immobilière puisque cette loi ne régissait plus désormais que les transmissions de musulman à musulman.

2. Le décret du 24 octobre 1870 a fait des Israélites indigènes des citoyens français ; il a fait cesser pour eux la législation exceptionnelle qui régissait les indigènes : « les Israélites indigènes des départements de l'Algérie sont déclarés citoyens français ». (Estoublon et Lefébure, page 373.) Malgré ces termes du décret, l'administration algérienne et la jurisprudence admettent encore à l'heure actuelle l'existence d'indigènes israélites. En fait, il y a encore des Juifs indigènes en Algérie.

Voyons rapidement quelle est sa condition juridique.

La conception assez laborieusement imaginée par la jurisprudence, et consacrée par le sénatus-consulte du 14 juillet 1865 est encore debout : L'indigène musulman est un Français de qualité moindre ; il n'est pas citoyen. C'est un Français frappé d'une sorte de « *capitis deminutio* », qui n'a ni l'exercice, ni la jouissance de certains droits politiques (1) mais qui peut conserver en partie sa loi nationale.

Pendant la portée, l'étendue des principes formulés par le sénatus-consulte n'est plus exactement la même.

Au point de vue politique, aucune modification n'y a été apportée. En sorte que l'indigène continue à ne pouvoir accéder qu'aux emplois publics énumérés, et qu'il continue à n'avoir de représentants dans certaines assemblées qu'en vertu de textes spéciaux. Ces textes sont aujourd'hui pour les conseils muni-

1. Le sénatus-consulte refuse bien à l'indigène la qualité de citoyen : « Il peut sur sa demande être admis à jouir des droits de citoyen... » dit-il. Mais, par ailleurs, il n'entend pas refuser à l'indigène tout droit politique. Les décrets du 15 septembre 1859 et du 8 juillet 1854 qui donnaient à l'époque le droit aux indigènes de figurer dans les conseils municipaux, et les conseils généraux, sont respectés par le sénatus-consulte qui, d'autre part, prévoit lui-même la possibilité pour ces indigènes d'exercer certaines fonctions publiques (art. 5). La liste de ces fonctions accessibles à l'indigène a été dressée par un décret du 21 avril 1866.

cipaux le décret du 7 avril 1884 (1), pour les conseils généraux, le décret du 24 septembre 1908 (2), pour les délégations financières, le décret du 23 août 1898 (3).

Mais tandis qu'il permet en matière civile d'invoquer le plus largement possible la loi musulmane, « ... il continuera d'être régi par la loi musulmane », plusieurs textes sont venus limiter cette faculté. C'est d'abord la loi du 26 juillet 1873 (4) relative à l'établissement et à la conservation de la propriété en Algérie qui a porté une atteinte assez sérieuse à l'application de la loi islamique en matière immobilière. « ... Cette loi soumet autant que possible droits et actes à une seule loi, la loi française. Dès qu'un immeuble a été régi par cette loi, il ne peut plus retomber sous l'empire du droit musulman, il est francisé. »

Aussi bien le décret du 29 août 1874 (5) (art. 2) qui est relatif à l'organisation de la justice en Kabylie ne peut permettre l'application de la loi musulmane, que moyennant cette restriction.

Mais la plus grave restriction a été apportée par le décret du 17 avril 1889 (6) qui reproduit celui du

1. Estoublon et Lefébure, p. 629.

2. Estoublon et Lefébure, supplément, année 1908, p. 328.

3. Estoublon et Lefébure, supplément, année 1898 p. 90.

4. Estoublon et Lefébure, p. 395.

5. Estoublon et Lefébure, p. 437.

6. Estoublon et Lefébure., p. 859.

10 septembre 1886 et qui a trait à l'organisation de la justice ; il énumère limitativement, dans son article premier, les matières où la loi musulmane reste applicable. Ces matières sont : le statut personnel, les successions et parmi les immeubles, ceux-là seuls « dont la propriété n'a pas été établie, conformément à la loi du 26 juillet 1873, ou par un titre français administratif notarié ou judiciaire ». Ce décret laisse d'ailleurs en vigueur celui du 29 août 1874 pour la Kabylie (art. 72), et celui du 13 décembre 1866 qui régit les territoires de commandement (art. 72).

Ce qui fait que l'étendue d'application de la loi civile musulmane varie en Algérie selon que l'on est en territoire de commandement où le décret du 13 décembre 1866 (1) laisse en vigueur toutes les règles coraniques, en Kabylie où la loi du 26 juillet 1873 apporte une restriction, où en territoire civil moins la Kabylie où la loi musulmane ne trouve à s'appliquer que dans les matières énumérées limitativement (2).

1. Estoublon et Lefébure ; p. 318, ce décret a été complété par les deux décrets du 8 janvier 1870 et du 6 mars 1891.

2. Nous rappelons que dans la mesure où la loi musulmane trouve application, il ne faudrait pas croire qu'elle soit une. « ... Sur les bases du Coran... les jurisconsultes musulmans ont dû de bonne heure édifier un corps de doctrine. Ainsi sont nés dans les deux premiers siècles de l'Hégire.... quatre rites reconnus orthodoxes parce que leur base première est en parfait accord avec le Coran, séparés d'ailleurs les uns des autres par des différences insignifiantes et appelés

Telle est à l'heure actuelle l'étendue d'application du principe formulé par la jurisprudence et consacré par le sénatus-consulte de 1865.

Si nous nous en tenions à cet aperçu très rapide, nous aurions donné une notion incomplète du régime auquel est soumis l'indigène. C'est qu'en effet en dehors du système extra-légal de la jurisprudence, qui était déjà bien exorbitant du droit commun, naissait un système de droit pénal, tout aussi exorbitant mais commandé par des nécessités impérieuses « la difficulté pour un nombre relativement faible de fonctionnaires ou d'officiers français de maintenir l'ordre et la soumission... a rendu nécessaire une série de mesures se traduisant par des dispositions pénales spéciales à la population conquise, a légitimé des précautions extraordinaires constituant vis-à-vis des indigènes un surcroît de rigueurs.

La qualité même d'indigène musulman place l'in-

du nom de leurs fondateurs, Hanefite, Malekite, Chafeïte, Hanebalite. Chacun d'eux suivit sa fortune. De nos jours la masse des musulmans, maugrebins, (lire : marocains, algériens, tunisiens) est généralement malekite et seule la Tunisie compte un élément hanefite sérieux, les deux autres rites sont presque inconnus au Maghreb.

Mais l'Afrique septentrionale a vu encore se développer la secte Ibadite..... un des premiers schismes.

..... Poursuivis comme hérétiques, ils (les Ibadites) se sont réfugiés... chez les Zenata grande tribu du Sud-Algérien où elles ont fondé le Mzab..... » (Louis Milliot; *Étude de la condition de la femme musulmane au Maghreb*, p. 81.)

dividu sous l'empire d'une législation toute particulière d'infractions et de peines... appliquées par voie disciplinaire... (ou) par le juge de simple police : c'est ce qu'on nomme plus spécialement *l'indigénat*. Les dangers que peuvent faire courir à notre domination certains actes, qui, commis par des Européens, n'auraient que peu ou pas d'inconvénients, ont fait ériger ces faits en délits propres aux indigènes... Bien plus, pour certains délits on a créé des peines spéciales, ce qui fait que la législation algérienne connaît l'internement, le séquestre, l'amende collective qu'ignore le droit pénal métropolitain. Enfin même dans la repression des délits de droit commun ou dans l'exécution des peines du droit métropolitain, on a usé de rigueurs dont on paraît tendre de plus en plus à se départir (1). »

1. Larcher, *Traité élémentaire de législation algérienne*, t. II, p. 99, n° 616.

Indiquons que le droit pénal indigène s'est surtout développé depuis une quarantaine d'années. Mais dès l'époque où la jurisprudence élaborait son système, on en trouve des traces. Citons le décret du 26 septembre 1842 dont l'article 47 décide que les circonstances atténuantes ne peuvent être accordées aux indigènes pour certaines infractions ; dont l'article 48 décide la possibilité de transférer l'indigène en France pour lui faire subir sa peine lorsque cette peine excède six mois d'emprisonnement.

Citons encore le décret du 12 décembre 1851 qui érige en infraction le fait par les indigènes d'acheter ou de faire circuler des armes ou des munitions sans une autorisation préalable, etc., etc...

Enfin, notons que certains textes sont venus, en partie assimiler les

Si nous nous demandons maintenant quel est l'esprit qui a animé cette législation, il nous faut pour répondre à la question, la dédoubler. Deux tendances ont inspiré le législateur.

La première qui est issue du même sentiment qui dictait au général en chef des troupes françaises la Convention du 5 juillet 1830, est une idée de tolérance religieuse. C'est par considération pour la religion que l'on a maintenu, à l'origine, la loi mosaïque et la loi musulmane, et c'est pour cette même raison que les indigènes musulmans peuvent encore aujourd'hui invoquer la loi coranique dans les cas où elle est restée en vigueur. La religion musulmane — comme la religion juive — contient à la fois des dogmes et des principes de droit. Il est impossible chez les musulmans de séparer le droit et la religion. Droit et religion ne font qu'un. Imposer, le plus normalement, le plus juridiquement du monde, la loi civile française aux nouveaux Français c'était porter atteinte à leur religion; on ne l'a pas voulu. Et c'est pourquoi aujourd'hui comme hier, bien que dans une mesure plus étroite, ils peuvent se référer aux lois coraniques.

La deuxième tendance est au contraire issue d'un sentiment tout opposé. Elle n'est pas le fruit d'une

« étrangers musulmans » c'est-à-dire les étrangers originaires des pays islamiques à l'indigène musulman. Cf. la loi du 24 décembre 1904, Cf. aussi la loi du 30 décembre 1903, et le décret du 9 août 1903, etc...

générosité, elle est le résultat d'un vif et légitime désir de réduire les armes dont pouvaient se servir les vaincus, en les dépouillant de tous les droits qui auraient pu devenir dangereux pour notre domination, ou même en les frappant rigoureusement sur le terrain du droit pénal, pour briser toute velléité de suprématie ou d'indépendance.

En un mot, l'exception apportée à la législation française en matière civile tient à la religion de l'indigène ; la dérogation qui y est apportée en matière politique et pénale tient à sa qualité de vaincu. Il ne faut pas avoir peur des mots ; les mots ne sont rien ; à peine quelquefois des épouvantails ; la réalité qui se cache derrière eux doit seule compter. Les périphrases les plus habiles et les plus persuasives ne sauraient empêcher d'exister une vérité qui s'impose, et ne sauraient arriver à nous convaincre que le système politique et pénal applicable à l'indigène a été conçu dans son intérêt !

Et nous pouvons maintenant donner la véritable qualification du système exceptionnel auquel est soumis l'indigène. C'est tantôt, en ce qui concerne les droits politiques et le droit pénal, une *défense* qui lui est faite d'avoir recours à la loi française qui devrait être sa loi normale, et tantôt, en ce qui concerne sa loi civile, c'est une *faculté* qui lui est laissée d'y échapper.

La preuve de ce que nous avançons ?

Elle se trouve dans la nature même des dispositions du droit pénal. Toute rigueur pénale est édictée à l'encontre de celui qui la subit, et nul ne peut s'y soustraire.

Elle se trouve dans le sénatus-consulte de 1865 qui prévoit un seul moyen pour l'indigène d'acquérir la plénitude des droits politiques, ce que l'on continue, par une erreur de langage certaine, d'appeler la naturalisation (1). Ce n'est que *sur sa demande* que cet indigène pourra être admis à jouir de tous les droits du citoyen français ; et cette demande ne sera agréée conformément au décret du 21 avril 1866 (2) (art. 12) que si le sollicitant offre des garanties suffisantes.

Elle se trouve dans ce même sénatus-consulte qui, complété par le décret du 21 avril 1866, écarte systématiquement les indigènes de toutes les hautes fonctions publiques.

1. Le mot « naturalisation », pour désigner l'accession des indigènes au droit de cité, est d'un usage constant. Il est même employé par le décret du 21 avril 1866 (titre IV). Il n'en reste pas moins cependant que l'acquisition du droit de cité par un indigène n'est pas une naturalisation. La naturalisation désigne l'acquisition de la nationalité française. Or, l'indigène, lorsqu'il *se naturalise*, n'acquiert pas la nationalité française ; il la possédait déjà auparavant ; tout ce qu'il acquiert, c'est un augment de capacité. Le mot « naturalisation » dans son sens inexact est pourtant d'une grande commodité ; il évite une périphrase, c'est pourquoi nous en ferons, nous-même, un usage assez fréquent.

2. Estoublon et Lefébure, p. 313.

Ces différentes dispositions ne sont-elles pas la marque d'une tendance sinon hostile, du moins défavorable à l'indigène ? Ne sont-elles pas dès lors impératives pour lui ?

Bien évidemment.

Mais il apparaît tout aussi clairement que le maintien de la loi musulmane en matière civile n'est qu'une faculté laissée à l'indigène. C'est pour cela que de très bonne heure, plusieurs textes lui ont permis de renoncer à son application ; c'est pour cela que le décret du 17 avril 1889 après avoir nettement traduit dans ses articles 1 et 2, la réalité, à savoir que la loi française est la loi normale tandis que la loi musulmane ne peut plus trouver application qu'à titre exceptionnel, poursuit dans le même sens, en réservant formellement, même pour les matières où la loi musulmane peut trouver application, la faculté d'y renoncer, la faculté de faire retour au droit commun (art. 3).

Et c'est absolument dans le même sens qu'il fallait avant le décret du 24 octobre 1870 interpréter le maintien de la loi mosaïque. La Cour de cassation l'avait admis implicitement ; sans hésitation bien que sans aucun texte formel, elle avait décidé que les Juifs pouvaient renoncer à l'application de la loi mosaïque pour invoquer la loi française. Aurait-elle donné cette solution si la persistance de la législation juive n'avait pas été qu'une pure faculté ?

Rien n'est plus nature d'ailleurs que cette conception ; comment aurait-il pu en être autrement ! La raison d'être de l'exception tient ici, nous l'avons vu, au caractère de la loi musulmane. C'est parce que des individus pratiquaient une certaine religion qui était à la fois un ensemble de dogmes et de règles de droit qu'on a créé et maintenu une exception à la loi civile française. Or de même qu'il doit appartenir à quiconque de renier sa foi religieuse si bon lui semble, il devait appartenir à tout musulman de pouvoir rejeter sa loi. Si on ne l'avait pas permis c'eût été en fait imposer une loi, et une loi religieuse ; c'eût été faire œuvre d'intolérance.

Et nous n'aurions guère insisté sur ce point, c'eût été partir en guerre contre des moulins, si les explications que nous venons de donner n'avaient dû nous servir à repousser une idée qui peut séduire de prime abord et qui, à notre avis, est une erreur certaine.

On est tenté, en effet, de voir dans la religion musulmane une religion à laquelle le législateur français a attribué une vertu spéciale ; une religion à laquelle il aurait attaché tant de considération et tant de respect, qu'il aurait pensé que le seul fait de la professer en Algérie dût entraîner l'application des textes qui visent l'indigène musulman, tout au moins en ce qui concerne le droit civil.

Une pareille conception serait, à notre sens, une

inexactitude manifeste. Nous venons de définir ce qu'est le maintien de la loi musulmane en Algérie : C'est la faculté pour des Français de répudier la loi française, loi normale, au profit d'une législation-religion.

C'est une faculté, pour ceux qui, devenant Français par l'annexion, risquaient de perdre une législation plusieurs fois séculaire, et qui leur était chère pour des raisons profondes. La France a voulu maintenir un état de choses qu'il aurait été bien vexatoire, et même douloureux pour ceux qui en jouissaient, de voir brutalement modifié.

Aussi bien, le maintien des lois musulmanes n'a été concédé qu'à ceux qui devenaient sujets français et pour lesquels l'application de la loi française aurait apporté un bouleversement ; puis, ceux à qui l'on avait accordé la faculté d'échapper à la loi qui aurait dû les régir d'après les règles normales de l'annexion, ont transmis ce droit acquis à leurs descendants, qui, professant la même religion, avaient droit aux mêmes égards.

Donc, la religion musulmane, en elle-même, n'a pas été prise en considération par le législateur ; il n'y a pas attaché une vertu spéciale — pas plus qu'il ne l'avait d'ailleurs fait pour la religion juive — ; il n'a pas, en sa faveur, apporté une dérogation aux principes modernes de la laïcisation du droit ; ou plu-

tôt, il en a apporté une, mais très restreinte, toute relative.

En d'autres termes, on a seulement permis à une population de trois millions d'âmes de *continuer* à pouvoir invoquer sa loi nationale, mais on n'a permis rien de plus, rien de moins.

Rien de plus; ce n'est pas, parce qu'un individu, sera musulman, qu'il pourra à *ce seul titre*, demander l'application de la loi islamique. Ce qui le prouve manifestement c'est que le décret du 10 septembre 1886, reproduit en majeure partie par celui du 17 avril 1889, prend la peine d'assimiler au point de vue civil, les « étrangers musulmans » (1) aux indigènes musulmans : il a fallu un texte exprès pour faire produire à la religion musulmane les mêmes effets de droit que l'on a attachés à cette religion lorsqu'il s'agissait de sujets algériens, annexés.

Rien de moins; c'est le maintien d'une situation antérieure, d'un état de choses passé et c'en est le maintien *absolu*. Ceux à qui on a maintenu la loi musulmane, n'ont pas à en user, à la manière des étrangers dont les tribunaux français ne respectent la loi civile qu'autant qu'elle n'est pas en désaccord avec des dispositions d'ordre public. On a voulu que la loi musulmane pût s'appliquer après la conquête

1. Il faut entendre par « étrangers musulmans » les étrangers originaires des pays islamiques, Maroc, Tunisie, Turquie, etc...

dans la même mesure qu'auparavant ; même lorsqu'elle serait contraire aux principes d'ordre public. C'est pourquoi nous voyons, à l'heure actuelle, des indigènes musulmans polygames ; c'est pourquoi à l'heure actuelle le droit de *djebr* (1) malgré son caractère de sauvagerie est légal, etc... (2)

Nous avons ainsi terminé l'exposé des quelques notions rapides que nous nous proposons de donner sur la législation à laquelle est soumis l'indigène en Algérie (3).

Nous avons, en même temps, essayé de dégager la signification de cette législation, les tendances qui l'avaient inspirée, traversée. Nous estimions que ces explications préalables étaient nécessaires à la clarté des discussions juridiques que nous allons faire suivre ; nous les jugeons suffisantes. Et fort, de ce que

1. Le droit de *djebr* est le droit de contrainte matrimoniale ; dans certains rites il peut être exercé même à l'encontre de mineures. La jurisprudence algérienne a réduit à rien l'application de ce droit. M. Larcher a vigoureusement critiqué cette tendance de la jurisprudence. (Cf. *Traité élémentaire*, t. II, au n° 605.)

Nous approuvons pleinement cette critique ; la jurisprudence s'est donnée en l'occurrence des pouvoirs nouveaux qu'il faut lui dénier. La codification du droit musulman, qui, (telle qu'elle est conçue dans le projet), met fin à ce qu'il y avait d'abusif dans le droit de *djebr*, supprimera ces errements.

2. Tout ce que nous venons de dire sur la loi musulmane pourrait se répéter pour la loi mosaïque.

3. Nous rappelons que la législation de l'indigène musulman est sur bien des points celle de l'étranger musulman.

nous venons de dire, nous allons aborder la question de savoir si le changement de religion est susceptible, en Algérie, de modifier la condition juridique des personnes.

Nous traiterons la question en étudiant dans une première partie quels effets produira la conversion à l'islamisme, s'opérant chez un Européen ; par Européen, il faudra entendre : les citoyens français et les étrangers originaires des pays à civilisation européenne, par opposition aux étrangers originaires des pays islamiques. Bien que d'une manière générale la religion professée par un Européen en territoire français importe peu au point de vue juridique, on comprend que l'on puisse se demander s'il n'en sera pas différemment en cas de conversion à l'islamisme, puisque la loi musulmane qui n'est autre que la religion musulmane trouve application en Algérie.

Dans une seconde partie, nous étudierons quels effets produira en Algérie, pour tous ceux qui sont soumis dans une certaine mesure à des lois à la fois civiles et religieuses, l'abjuration de leur religion qui est en même temps une loi.

Il nous faudra dans cette deuxième partie envisager une série d'hypothèses :

Chapitre I. — Un indigène musulman abjure sa religion.

Chapitre II. — Un étranger musulman abjure sa religion.

Chapitre III. — Un indigène juif abjure sa religion ; nous sommes obligé d'envisager ce cas puisqu'en pratique il existe encore des indigènes israélites.

Chapitre IV. — Nous envisagerons le cas de la conversion d'un étranger israélite, originaire des pays islamiques c'est-à-dire d'un étranger pratiquant la loi mosaïque.

Dans chacun de ces chapitres, au surplus, nous envisagerons l'hypothèse d'une conversion au christianisme, type des religions spirituelles, et l'hypothèse d'une conversion soit au judaïsme, soit à l'islamisme selon que la personne dont nous chercherons à définir la situation sera musulmane ou juive, puisque ces deux religions fort répandues en Algérie sont le type des religions étant en même temps un droit.

PREMIÈRE PARTIE

UN EUROPÉEN SE CONVERTIT A L'ISLAMISME

Un Européen français ou étranger, se convertit en Algérie à l'islamisme. Cette conversion va-t-elle modifier sa condition juridique ? Tel est le problème.

CHAPITRE PREMIER

Y a-t-il des effets de droit directs, se rattachant à cette conversion ?

1° *Influence sur la nationalité.* — Il nous paraît incontestable que cette conversion ne saurait en aucune manière apporter une modification à la nationalité.

Musulman ou non, un Français est toujours un Français ; musulman ou non un Italien est un Italien. Et le converti dont nous nous occupons, aura toujours les mêmes droits et les mêmes obligations inhérents à sa nationalité.

S'il s'agit d'un Français, notre affirmation est bien évidemment exacte. Il est impossible de concevoir qu'un Français puisse perdre sa nationalité par une conversion à l'islamisme. La perte de la qualité de Français est en effet envisagée par l'article 17 du Code civil ; on perd sa qualité de Français pour les causes prévues par l'article 17, mais on ne la perd que pour ces causes. Or, précisément, l'abjuration religieuse n'est en aucune façon un des modes de perte de cette qualité.

Mais il y a plus ; que deviendrait désormais le converti ? Il aurait une situation identique à celle de l'indigène musulman ? Mais l'indigène musulman est Français ! Voudrait-on dire que l'indigène n'est pas cependant assimilé au citoyen, et que le converti va désormais avoir tout au moins sa condition spéciale ? C'est toujours inadmissible. L'indigénat ne s'acquiert pas, ne peut s'acquérir. L'indigénat, nous l'avons vu, (cf. introduction, p. 36) s'est acquis à l'origine, par la conquête, puis il se transmet de jour en jour par le sang. Les indigènes, ceux à qui s'applique un régime spécial différent du régime dont jouissent les citoyens ne sont autres que les annexés, ceux qui sont devenus Français par l'annexion. La création de l'indigénat, au sens juridique du mot, c'est-à-dire la dérogação pour certains individus à des principes bien établis, a été un pur fait né sous la pression de nécessités impérieuses. Il n'y a que ceux pour qui la

dérogação s'imposait qui l'ont subie et en ont profité tout à la fois. La liste des indigènes a été close sitôt que dressée ; on ne devient pas indigène.

S'il s'agit d'un étranger, notre affirmation garde encore sa valeur, et pour les mêmes raisons. L'étranger qui, en Algérie, embrasse l'islamisme, ne peut devenir indigène ; nous venons de dire que la qualité d'indigène ne s'acquiert pas.

Un arrêt de la cour d'Alger en date du 14 avril 1874 a cependant attaché un changement de nationalité, à l'adoption par une Espagnole de la religion musulmane. Voici l'hypothèse ; nous la rapportons tout au long parce que nous aurons plus loin l'occasion de faire encore état de cet arrêt.

Une Espagnole, Marie Moll, avait embrassé à Tlemcen, la religion musulmane ; elle avait pris le nom de Meriem bent Moulai Mohammed et avait épousé devant le cadi, Youssef ben Yafiz. Elle en eut un fils Bou-Médine. Yafiz mourut. C'est alors que Mériem réclama en son nom et au nom de son fils les droits à eux dévolus par la législation musulmane. Mais les frères du mari refusèrent de les accorder. Meriem porta alors l'affaire devant le cadi, puis, en appel, devant la chambre musulmane de la cour d'Alger. Les frères Yafiz soulevèrent en première instance et en appel l'incompétence de la juridiction musulmane. Ils affirmèrent que la femme Moll, bien qu'ayant abjuré la foi catholique pour la foi musul-

mane, n'avait pas cessé un seul instant d'être Espagnole. Qu'en conséquence ; 1° le cadi n'avait pu marier valablement Marie Moll puisque les cadis ne peuvent exercer leur ministère qu'entre indigènes, qu'un tel mariage était nul et qu'on ne pouvait l'invoquer pour lui faire produire certains effets juridiques ; 2° pas plus le cadi que la chambre musulmane de la cour ne pouvait avoir compétence pour trancher le litige ainsi soulevé par la dame Meriem.

La thèse des frères Yafiz est donc très claire : la conversion de l'Européenne en question à l'islamisme ne peut avoir eu pour conséquence d'entraîner un changement de nationalité.

La Cour, par un arrêt du 14 avril 1874 (1), a réso-

1. Sautayra et Cherbonneau, *Droit musulman. Du statut personnel, des successions*, t. II, p. 126.

« ... Attendu, par suite, que rien ne s'oppose à ce que la question préjudicielle qui lui est soumise soit examinée par la Cour et résolue par elle ;

« Attendu sur ce point, qu'il est suffisamment établi qu'avant de s'unir à Youssef Yafiz, la dame Marie Moll a embrassé la religion mahométane ; qu'il est constant, en outre, que ce fait a été dûment constaté par acte authentique et homologué par les juristes musulmans ;

« Attendu en cet état que la dite demoiselle Moll a dû être considérée comme musulmane.

« Qu'il ne faut pas effectivement perdre de vue que les principes de cette religion ont une portée plus grande dans ses effets que les autres religions ; qu'ainsi s'il est vrai que l'on peut indifféremment adopter telle religion, comme par exemple la religion catholique ou protes-

lument écarté de pareilles conclusions. Elle a admis au contraire très fermement et très longuement que la conversion de la dame en question lui avait fait perdre sa nationalité d'origine. La thèse se trouve tout entière dans le passage suivant des motifs :

« Attendu, en cet état, que la dite demoiselle Moll a dû dès ce moment être considérée comme musulmane ;

« Qu'il ne faut pas effectivement perdre de vue que les principes de cette religion ont une portée plus grande dans ses effets que les autres religions ; qu'ainsi, s'il est vrai qu'on peut indifféremment adopter telle religion comme par exemple la religion catholique ou protestante sans que le droit civil ou

tante, sans que le droit civil ou la nationalité puisse en être modifié, il n'en est pas de même quand on embrasse l'islamisme, cette religion ayant par elle-même et par ses conséquences une influence directe et principale sur la personne et les droits qu'elle peut revendiquer.

« Que cela est certain surtout quand tous les actes qui ont précédé, accompagné ou suivi ce changement de religion ne peuvent laisser aucun doute sur l'intention qui a, comme dans l'espèce, par exemple, dirigé la demoiselle Moll ;

« Qu'ainsi, il est à remarquer qu'elle a changé de nom et qu'elle a pris celui, complètement musulman, de Meriem bent Moulai-Mohammed, sous lequel son acte de mariage a été dressé ;

« Que cela suffit pour que ladite union ait été légalement contractée, alors surtout que la conduite postérieure de ladite dame vient affirmer son abjuration non seulement quant à la religion mais encore en ce qui touche sa nationalité ; etc... etc... »

la nationalité puisse en être modifié, il n'en est pas de même quand on embrasse l'islamisme ; cette religion ayant par elle-même et par ses conséquences une influence directe et principale sur la personne et les droits qu'elle peut revendiquer... »

La Cour ajoute que, d'ailleurs, la « conduite postérieure de la dite dame vient affirmer son abjuration non seulement quant à la religion mais encore en ce qui touche *sa nationalité* ».

La Cour a donc très nettement admis qu'une Espagnole avait pu par sa conversion à l'islamisme, perdre sa nationalité d'origine pour acquérir la qualité d'indigène, et, en conséquence, elle a admis la compétence du *cadi* pour célébrer le mariage et la compétence des juridictions musulmanes pour trancher le litige soulevé par Meriem.

Cette solution nous paraît une erreur manifeste ; nous avons déjà dit pourquoi, par avance.

Tout d'abord, la Cour admet, sans appuyer aucunement son affirmation, que la religion musulmane a par elle-même et par ses conséquences une influence directe et principale sur la situation juridique de ceux qui la professent ; or, nous avons établi dans notre introduction (pages 36 et 37) qu'il n'a jamais été dans l'intention du législateur d'attacher à la religion musulmane une force, une vertu spéciales.

En second lieu, la Cour admet la possibilité pour un individu étranger d'acquérir la qualité d'indigène ;

or, la nature même de l'indigénat, nous venons de le dire, répugne à cette conception.

Il faut repousser la doctrine de la Cour sans hésiter. (Cf. en notre sens : Trib. Alger, 4 janvier 1879 B. J. A., 1879, p. 29. Cf. *infra*.)

2° *Influence sur la législation civile.* — Mais, s'il semble presque absurde que l'abjuration religieuse puisse faire perdre ou acquérir une nationalité, ne pourrait-on tout au moins envisager la législation civile du converti, et dire que l'adoption de la religion musulmane va le soumettre, pour cette législation, à l'application de la loi musulmane, dans les conditions relatées par les décrets du 13 décembre 1866, 29 août 1874, et 17 avril 1889? Ne pourrait-on pas être tenté de rappeler que le maintien de la loi musulmane est la consécration de la promesse faite par le général de Bourmont, de respecter la religion; que le sénatus-consulte du 14 juillet 1865 reflète avec évidence des idées de tolérance puisque le rapport dont il est issu porte les paroles suivantes: « Une seule chose restera et doit rester en dehors de l'application des lois; c'est la question religieuse... La religion, affaire de croyance, et non de volonté, a son asile dans le cœur, et la loi ne saurait sans tyrannie se rendre juge des rapports impénétrables de l'homme avec Dieu (1). »

1. Cf. Estoublon et Lefébure, page 305, 2^e colonne.

Ne pourrait-on pas dès lors considérer que si l'on a voulu, avant tout, ne pas froisser des convictions religieuses, il n'y a pas à distinguer entre les croyants ; qu'il n'est pas possible de traiter le converti autrement que celui pour lequel la religion musulmane a toujours été la règle de conscience ? La saine raison, semble-t-il, s'oppose à cette différence. Bien plus, il est à prévoir que celui qui a embrassé la foi de ses pères, par la volonté de ces derniers, presque inconsciemment, aura des convictions moins profondes que certains des prosélytes, dont la conversion faite en pleine connaissance de cause peut témoigner d'une foi aveugle en la nouvelle règle de conscience.

Et alors, pourquoi ne pas décider que tout Européen, par sa conversion à l'islamisme, va perdre sa législation civile, pour n'être plus soumis qu'aux règles musulmanes ?

De fait, c'est la solution à laquelle aboutit un auteur de droit musulman, M. Clavel.

Écoutons-le parler : «... Dans les législations modernes, le changement de religion, n'influe en rien sur le statut personnel, sur l'exercice des droits civils et la nationalité de l'individu. Un juif français qui embrasse le christianisme ne subit aucune modification quelle qu'elle soit, au point de vue légal relativement à son statut personnel et à l'état juridique de sa personne. En est-il de même lorsqu'un individu adopte la religion musulmane ?

Un chrétien embrasse la doctrine de l'Islam, continuera-t-il à être régi par le statut personnel de son pays ou par le statut personnel musulman ?

La question a donné lieu à de sérieuses difficultés. En embrassant l'islamisme, il est certain pour nous que l'individu se soumet au statut personnel musulman. Ici la religion et le statut personnel ne font qu'une seule et même chose ; on ne peut adopter la religion sans être régi par le statut personnel qui en fait partie intégrante (1). »

Ainsi, la doctrine professée par M. Clavel est très nette. La conversion à l'islamisme doit entraîner application de la loi musulmane en ce qui touche le statut personnel. Nous repoussons très catégoriquement cette manière de voir.

Il nous suffit à cet effet de rappeler les principes que nous avons émis dans notre introduction : le législateur français a respecté la loi musulmane chez tous ceux qui devenaient Français par l'annexion ; mais il n'a pas entendu donner, pour toujours, dans toutes les circonstances, une valeur juridique à la religion musulmane. Il a maintenu le principe impé-

1. Clavel, *Droit musulman; du statut personnel et des successions*, t. II, page 16.

M. Clavel parle de « statut personnel » ; il faut à notre sens élargir l'expression et parler plus généralement de « législation civile ». Si son affirmation est exacte, elle doit l'être autant pour le statut réel et les successions que pour le statut personnel proprement dit.

rieux de la séparation du droit et de la religion ; il n'a pas du tout voulu que la conversion à l'islamisme fût autre chose qu'un changement de religion ! Ce n'est qu'à l'*indigène musulman* que l'on a laissé la jouissance et l'exercice des lois islamiques, par respect pour sa foi. Et l'*indigène musulman*, c'est quelque chose de bien déterminé.

Cette considération générale, suffit, pour nous, à condamner le système. Et nous n'aurions guère besoin de nous attarder à l'examen de l'argumentation très lâche, invoquée par M. Clavel pour le défendre, si nous ne trouvions pas dans les affirmations de l'auteur une inexactitude si frappante qu'il n'est pas permis de la laisser passer inaperçue.

M. Clavel, en effet, pour étayer la conception que nous repoussons, sépare très nettement la nationalité d'un individu, de son statut personnel. Il en tire cette conséquence que si, bien évidemment, il n'est pas possible à l'image de la cour d'Alger (arrêt du 14 avril 1874), de décider que l'adoption de la religion musulmane entraîne un changement de nationalité, il n'en reste pas moins possible de conclure à un changement de statut personnel.

Et pour prouver, notamment, que le statut personnel musulman n'est pas inconciliable avec les attributs pleins et entiers de la nationalité française, M. Clavel cite le cas de l'indigène musulman qui, bien que naturalisé, bien qu'élevé au rang de citoyen con-

formément aux dispositions du sénatus-consulte du 14 juillet 1865 et du décret du 21 avril 1866, n'en continue pas moins à conserver son statut personnel.

« La législation française., admet que le musulman a un statut personnel propre... qu'il conserve quoique sujet Français, même lorsque la naturalisation lui a conféré la qualité de citoyen. »

Nous nous permettrons de faire deux observations. La première, c'est que l'argumentation de M. Clavel, qui consiste uniquement à séparer le statut personnel de la nationalité, pour arriver à prouver que la conversion à l'islamisme doit entraîner l'application du droit musulman pour le statut personnel, est peut-être bien une pétition de principe. Nous admettons fort bien la distinction. La preuve qu'elle est rationnelle, c'est qu'elle existe en fait, et en Algérie et dans nos possessions de l'Inde, etc... Mais que veut dire cette distinction ?

Que l'on pourrait concevoir un individu qui, sans perdre sa nationalité par la conversion — ce qui est évidemment insoutenable — pourrait au moins se trouver soumis au statut personnel musulman. Elle ne signifie rien de plus. Et il reste à savoir si cette possibilité théorique doit correspondre à une réalité en Algérie, étant donnés les principes de législation algérienne. C'est cette question-là que l'auteur ne résout pas et que nous résolvons par la négative.

La deuxième observation a pour but de relever une erreur certaine.

M. Clavel est-il bien sûr que l'indigène devenu citoyen français conserve son statut personnel ?

M. Clavel a-t-il la certitude « que le cas se présente fréquemment en Algérie, où de nombreux indigènes sollicitent et obtiennent la naturalisation française » et qu'il « n'en résulte pas que leur statut personnel subisse un changement quelconque » ?

Il s'agirait de s'entendre ; si l'auteur fait allusion aux effets de la non-rétroactivité, qui font que certains actes juridiques accomplis selon le rite musulman restent néanmoins valables après la naturalisation, nous sommes d'accord. Mais, alors, il aurait fallu parler un langage bien différent... L'affirmation de M. Clavel, telle que nous la relevons, avec le sens qu'on doit lui attacher le plus naturellement, est une inexactitude manifeste.

La naturalisation de l'indigène, en l'élevant à la qualité de citoyen, a pour résultat direct, immédiat, de le soustraire en tout et pour tout, pour son statut personnel, autant que pour son droit pénal, que pour ses droits politiques, à l'empire de la législation exceptionnelle qui le régissait. Il n'est plus désormais un Français de condition moindre, la législation normale lui est seule applicable.

Le meilleur appui que nous puissions trouver à ce que nous avançons est le remarquable rapport de

Delangle, au Sénat, lors des travaux préparatoires du sénatus-consulte de 1865. « Si ces indigènes jugent à propos de s'élever à la qualité de citoyen, la situation change... Ils ne peuvent être dans d'autres conditions que les citoyens français avec lesquels ils se confondent. Ce sont désormais et les mêmes droits et les mêmes devoirs. La loi française devient le guide et la règle de tous ceux qui par naissance ou par choix y sont assujettis. Si donc du statut qu'ils ont abandonné, naissent des droits et des usages incompatibles avec la pudeur publique, avec la morale et le bon ordre des familles, ces droits sont anéantis. L'acceptation de la qualité de citoyen français en constitue l'abdication la plus formelle. Il ne peut exister sur le sol de la patrie des citoyens ayant des droits contradictoires (1). »

De telles paroles se passent de commentaires. Elles signifient formellement que l'indigène devenu citoyen est régi non seulement par les lois politiques de la France, mais encore par ses lois pénales et aussi très certainement par ses lois civiles.

En devenant citoyen, l'indigène naturalisé cesse d'obéir à la loi musulmane qui lui était applicable en tant qu'indigène musulman. Ce principe est incontestable. On peut ajouter : il est incontesté (2).

1. Estoublon et Lefébure, page 305.

2. Larcher, *Traité élémentaire de législation algérienne*, t. II, n° 669.

De très nombreuses et très fermes décisions de jurisprudence sont en notre sens. C'est ainsi, par exemple, qu'un arrêt de la cour d'Alger du mois de mars 1873 (1) a décidé que la femme du naturalisé ne peut plus faire d'actes juridiques sans autorisation de son mari. De même, la femme a sur les immeubles du mari une hypothèque légale (2).

Elle peut demander la séparation de biens (3).

Enfin, la naturalisation soustrait complètement l'indigène aux juridictions musulmanes ; les tribunaux français doivent exclusivement connaître de toute contestation où il est engagé. Quand l'instance est engagée après la naturalisation, la jurisprudence n'a pas l'ombre d'une hésitation (4).

Il nous faut donc rejeter sans aucune hésitation la thèse de M. Clavel, et affirmer que la conversion d'un Européen à l'islamisme ne produira pas plus d'effets juridiques sur la législation civile du converti que sur sa nationalité.

L'opinion que nous formulons, est d'ailleurs celle

1. J. A., 1873, page 19.

2. Alger, 19 février 1876 ; Robe, 1876, page 43.

3. Tribunal de Constantine, 27 janvier 1880 ; Robe, 1880, page 305 ; Cass. civ., 6 août 1884 ; R. A., 1886, page 120 ; S., 1887.1.23, D. P., 1886.1.296.

4. Alger, 13 mai 1873 ; J. A., 1873, page 26 ; Alger, 26 mai 1879 ; B. J. A., 1881, page 136 ; S., 1879.2.281 ; D. P., 1880.2.161 ; Alger, 12 mai 1879 ; B. J. A., 1880, page 77 ; Cass. civ., 15 juin 1885 ; R. A., 1885, 2, page 309 ; S., 1887.1.259.

d'excellents auteurs tels que MM. Tilloy (1) et Larcher (2), et elle est celle de toute la jurisprudence, moins l'arrêt du 14 avril 1874 qui est resté et restera sans aucun doute isolé. Nous citerons en détail deux décisions caractéristiques, qui montreront de la façon la plus claire, que la jurisprudence repousse, à bon droit, toute *influence directe de la religion musulmane, sur le droit ; qu'elle consacre conformément aux intentions du législateur, le principe général de l'indépendance du Droit et de la Religion.*

1^{re} Hypothèse. — Une fille d'origine corse, Émilie Danési, s'était convertie à l'islamisme devant le cadi hanéfite d'Alger, le 19 août 1878. Le 25 août, elle s'était mariée devant le cadi, avec un indigène musulman. Le procureur général avait demandé la nullité des deux actes. La chambre des appels musulmans qui avait été saisie, s'était déclarée incompétente(3). Les actes du cadi, disait-elle, ne pouvaient être soumis à l'appel, puisque le cadi n'avait pas fait office de juge, tant en ce qui concernait l'abjuration qu'en ce qui concernait le mariage. D'autre part — et rien n'était plus exact — on ne pouvait déférer à

1. Cf. *Répertoire alphabétique de jurisprudence, de doctrine et de législation algérienne et tunisienne*, au mot : abjuration.

2. Cf. *Effets juridiques du changement de religion en Algérie*, dans le *Journal du droit international privé*, année 1908, page 380.

3. Alger (Ch. des app. mus.), 28 octobre 1878, B. J. A., 1879, p. 24.

un tribunal musulman une femme française (1), convertie à l'islamisme, sans doute, mais Française malgré tout.

Le procureur de la République, devant cette déclaration d'incompétence, avait intenté une action tendant aux mêmes fins, devant le tribunal d'Alger. Le tribunal, par un jugement du 4 janvier 1879 (2), a décidé que l'abjuration était un acte purement religieux. « L'acte par lequel la fille Danési a déclaré abjurer la religion chrétienne pour se faire musulmane est un acte essentiellement religieux ne pouvant avoir aucun effet, et *par conséquent les tribunaux qui à aucun point de vue ne doivent s'immiscer dans les choses religieuses*, ne peuvent reconnaître un acte de cette nature ne relevant que de la conscience de celui qui s'y soumet. C'est à tort que le ministère public prétend que l'acte par lequel une chrétienne française déclare vouloir devenir musulmane n'a pas seulement pour but la constatation solennelle d'un changement de religion, mais qu'il a aussi pour but un changement de nationalité et qu'il constitue à ce titre un acte de naturalisation ; que le chrétien fran-

1. C'est en effet, principe incontesté et incontestable que la « justice musulmane » ne peut fonctionner qu'entre indigènes musulmans (ou assimilés). Cf. Larcher, *Traité élémentaire de législation algérienne*, t. I, du n° 472 au n° 520.

2. Trib. Alger, 4 janvier 1879, B.J.A., 1879, 29.

çais qui, en Algérie, déclare vouloir devenir musulman ne manifeste pas seulement sa volonté par cette déclaration de professer à l'avenir la religion musulmane, mais encore la volonté de se soumettre pour l'avenir au statut personnel des Arabes et que, dans l'espèce, aucun doute n'est possible puisque, six jours après son abjuration, l'abjurante Émilie Danési s'est mariée conformément au statut personnel des musulmans et contrairement au statut personnel des citoyens français. La fille Danési est française, elle a abjuré en pays français, et son abjuration n'a eu d'autre effet que de changer sa religion et non sa nationalité, la naturalisation ne pouvant avoir lieu que dans les cas formellement prévus par l'article 17 du Code civil. La situation exceptionnelle créée par le sénatus-consulte des 14 juillet et 16 août 1865 n'est accordée qu'aux *indigènes musulmans*, et aucune disposition n'autorise, ni tacitement ni expressément, soit les étrangers, soit même les citoyens français non indigènes, à en réclamer les bénéfices. Il suit de là que le statut personnel réservé aux indigènes musulmans de l'Algérie ne peut jamais régir une personne qui n'aurait pas la qualité d'indigène ».

2° *Hypothèse*. — Cette deuxième hypothèse caractérise aussi, très nettement, la jurisprudence.

Un Italien nommé Restori Joseph André, né en Italie de parents italiens aurait été élevé dès son jeune âge par un indigène musulman. Il avait em-

brassé la religion musulmane, suivi les prescriptions du Coran, et pris le nom de Khoudjet El Djeld Youssef ben Mohammed.

Comme il avait épousé, selon le rite musulman, une femme musulmane (indigène), le tribunal d'Alger sur appel d'un jugement du cadi qui avait condamné Restori à payer une pension alimentaire à sa femme, déclara qu'il avait conservé sa nationalité italienne et que le mariage par lui contracté devant le cadi était nul (1).

Ces deux décisions sont donc pleinement dans notre sens. Elles cadrent scrupuleusement avec ce que nous avons dit et notamment avec l'idée que nous avons exprimée dans notre introduction, à savoir que l'exercice de la loi musulmane n'est permis qu'aux *indigènes*, et que nul ne peut l'invoquer sous le seul prétexte qu'il professe la religion musulmane.

Et ainsi, la solution que nous avons donnée au problème qui nous préoccupait, en la faisant logiquement découler des idées que nous avons posées dans notre introduction, est conforme en définitive à la théorie enseignée par de hautes autorités, et consacrée par une pratique constante.

Si nous avions eu quelque doute sur la valeur d'une telle conception, nous aurions trouvé de quoi

1. Trib. Alger, 4 mai 1896, R. A., 1897.2.204; *Journal du droit international privé*, 1899, page 118.

nous rassurer auprès des auteurs et des décisions que nous avons consultés; mais nous n'avions guère besoin d'un tel appui moral. A aucun moment, la solution du problème ne nous a semblé douteuse, et nous avons toujours été convaincu de l'impossibilité juridique qu'il y avait à assigner à la seule conversion religieuse des *effets directs*. C'est à tort que l'on voudrait alléguer que la religion musulmane est en même temps un ensemble de principes de droit et qu'en partant de là, il faut que le droit musulman régie tout musulman. Nous répétons que dans aucun cas, en droit français, l'adoption d'une religion, fût-ce la religion musulmane, ne saurait équivaloir à une naturalisation totale ou partielle.

Il est très vrai que la religion et le droit se trouvent confondus dans le Coran, et que c'est à raison de cette confusion qu'on a laissé subsister en Algérie, l'application de la loi civile musulmane. Mais il est tout aussi vrai que cette faveur n'a jamais été accordée qu'aux *indigènes*; pour eux, les principes généraux de l'indépendance du droit et de la religion ont fléchi à titre très exceptionnel. Cette mesure de prudence et de tolérance consacrée par le législateur, doit donc être interprétée restrictivement; on ne saurait agir autrement sans violer et l'esprit et le texte (1) de la loi.

1. Le sénatus-consulte du 14 juillet 1865 dit en effet: Article 1^{er}. — « L'indigène musulman, etc... » Sans doute le décret du 17 avril 1889

CHAPITRE II

Y a-t-il des effets indirects se rattachant à cette conversion ?

Donc, la cause est entendue ; la conversion d'un Européen à l'islamisme ne peut entraîner pour lui un changement dans sa nationalité ou dans sa loi civile. Des effets aussi considérables ne peuvent découler de la conversion. Est-ce à dire, dès lors, que la question soit complètement vidée et que nous puissions affirmer : Le fait par un Européen d'abjurer sa religion, pour embrasser l'islamisme ne peut produire aucun effet juridique ? Nous ne le pensons pas ; ce serait aller trop vite en besogne. Nous affirmons au contraire que la conversion dont il s'agit peut très certainement avoir des conséquences juridiques.

Les règles de droit musulman, nous le savons, sont

article 1^{er} parle de « musulmans » d'une manière très générale ; mais le mot a un sens bien déterminé il désigne l'« indigène musulman » et l'étranger originaire des pays islamiques, dont le décret du 17 avril 1889 assimile précisément la condition à celle de l'indigène, au point de vue civil.

en même temps des règles religieuses. Le point de droit va donc, dans cette législation, perpétuellement se doubler, se compliquer du point de vue religieux.

Ainsi, à chaque instant, le droit musulman nous apparaît tel, qu'il ne peut s'appliquer qu'à des musulmans ayant des rapports juridiques avec des individus d'une religion déterminée.

Par exemple, en ce qui concerne les successions, un musulman ne peut jamais hériter d'un mécréant ; de même, il ne peut laisser sa succession à celui qui ne partage pas sa foi religieuse. Par exemple, encore, en ce qui concerne le mariage, un croyant ne peut jamais épouser qu'une musulmane ou tout au moins une femme *kitabia* (1), et une croyante ne peut jamais épouser qu'un musulman.

Mais alors, selon que l'individu, qui aura une relation juridique avec le musulman, professera telle ou telle religion, l'acte accompli vaudra ou ne vaudra pas. Mais alors, une succession pourra ou ne pourra pas être légalement dévolue à un individu, un mariage pourra ou ne pourra pas être valablement contracté par un individu, selon que l'individu en question se sera ou non converti à l'islamisme, à supposer que le *de cujus*, ou l'autre conjoint soit un musulman indigène.

1. On appelle femme *kitabia*, une femme dont la religion est basée sur les *livres sacrés*. Sont *kitabia*, en dehors des musulmans, les chrétiennes et les juives.

Et l'on comprend maintenant comment nous pouvons affirmer que la conversion d'un Européen à l'islamisme soit susceptible de produire des effets juridiques. Sans doute, ce sont des effets qui ne peuvent avoir lieu, que si à la conversion vient se joindre un autre acte, ouverture d'une succession, mariage, etc..., mais cela n'empêche pas qu'ils ne peuvent exister que grâce à la conversion. Nous appellerons des *effets indirects*.

Il convient de préciser les généralités que nous venons d'énoncer et de montrer à l'aide d'exemples la portée de l'affirmation que nous avons émise.

Nous construirons des hypothèses à l'aide de données que nous emprunterons aux deux matières importantes du mariage et des successions.

A. — Primus, Européen, après une conversion, épouse une indigène musulmane Secunda, selon la loi islamique. De ce mariage peuvent découler des effets de droit, qui seront, indirectement si l'on veut, mais incontestablement, la conséquence de la conversion.

Nous allons essayer de montrer comment. Un point est, dès maintenant, absolument certain ; c'est la nullité d'un pareil mariage. La loi musulmane, nous l'avons montré surabondamment dans les pages précédentes, ne peut trouver application que pour les indigènes musulmans. La présence d'un Européen dans un acte quelconque entraîne fatalement l'appli-

cation des principes du droit civil français. Pour qu'un mariage mixte, et nous appelons ainsi tout mariage célébré entre un indigène musulman et un non indigène, puisse produire des conséquences juridiques, il est de toute nécessité qu'il ait été célébré selon les prescriptions du Code civil, titre V, *Du Mariage*. Un Européen ne pourra jamais contracter un mariage mixte valable, en Algérie, qu'en se conformant à toutes les prescriptions de la loi française (1).

La jurisprudence est d'une manière constante en

1. Il est d'abord évident que la loi musulmane ne pourra trouver application. La loi musulmane n'a été réservée que pour les indigènes (et par extension pour les « étrangers musulmans »).

Si l'Européen est un Français, il est tout aussi évident alors que la loi française seule pourra trouver application. Mais si l'Européen est un étranger, cela n'est pas moins certain. Jamais en pareille hypothèse la loi étrangère ne pourra s'appliquer; le principe, *locus regit actum* devient un effet impératif, lorsque les deux époux, dont un étranger, n'appartiennent pas à la même souveraineté. Si nous supposons un sujet allemand contractant mariage avec une femme française ou même belge, devant le consul d'Allemagne, à Paris, dans les formes allemandes « on ne peut pas scinder l'acte ainsi accompli, on ne peut pas dire que chacun des futurs ait préféré sa loi personnelle à la loi locale et que la règle *locus regit actum* cesse ainsi de leur être applicable. Pour que l'option fût possible, il faudrait qu'elle pût être exercée conjointement par les deux parties, en faveur de leur loi personnelle, or, si elles sont de nationalité différente, pareille option se heurte à un obstacle matériel insurmontable. » Cf. Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. III, p. 490.

ce sens (1). Mais alors, si ce mariage est nul (2), comment pouvons-nous parler de ses effets juridiques? Cela paraît invraisemblable! Nous voulons démontrer que ce mariage peut produire des effets, et cela à raison d'une conversion de Primus, et nous commençons par affirmer qu'il est nul!

Rien n'est plus vraisemblable pourtant, si nous faisons appel aux principes régissant le mariage putatif.

La jurisprudence algérienne admet d'une manière courante que ces mariages mixtes, célébrés selon la loi musulmane, et nuls d'après les principes énoncés, peuvent néanmoins produire des effets à raison de la bonne foi des époux ou tout au moins de l'un d'eux (3).

1. Alger, 1^{er} juillet, Robe, 1872, page 32; Trib. Alger, 4 janvier 1879, B. J. A., 1879, 29; Alger, 12 mai, 1879, B. J. A., 1880, p. 77 et la note; Alger, 26 mai 1879, B. J. A., 1881, 136; D. P., 1880.2.161.; S., 1879.2.281; Alger, 31 juillet 1886, R. A., 1890.2.118., Robe, 1886, p. 412; Trib. Alger, 4 mai 1895, R. A., 1897.2.204.

2. Lorsque nous parlons de mariage *nul*, nous n'avons aucun désir de prendre parti sur la très longue discussion juridique à laquelle se sont livrés d'éminents auteurs, pour arriver à une notion exacte de la nullité et de l'inexistence. Nous avons seulement l'intention, par l'emploi du mot nul, de marquer que ce mariage est *de nul effet*.

3. Cf., Alger, juillet 1872, B. J. A., 1872, p. 32; Alger, 26 mai 1879, B. J. A., 1881, p. 136; D. P., 1880.2.161; S., 1879.2.281; Trib. Alger, 31 juillet 1886, R. A., 1890.2.118; Alger, 22 février 1903, R. A., 1903.2.241; Alger, 5 avril 1906, R. A., 1907.2.233; Alger, 2 novembre 1905, R. A., 1906.2.63.

Or, nous admettons avec la jurisprudence que ces mariages mixtes célébrés selon le rite musulman peuvent être déclarés putatifs. Nous admettons d'autre part que les effets issus de cette putativité sont les effets que produirait un mariage musulman. Mais précisément, ces conséquences juridiques, conformes au droit musulman, ne peuvent se produire que parce qu'il y a eu mariage, aux yeux de la loi musulmane ; or, ce mariage valable aux yeux de la loi musulmane n'a pu avoir lieu que parce que Primus, Européen, professait la religion musulmane. Primus n'a pu épouser Secundus que parce qu'il s'était converti à l'islamisme. C'est donc dire qu'il y a une corrélation entre la conversion de Primus et tous les effets découlant de ce mariage. En d'autres termes, la conversion d'un Européen à l'islamisme n'est pas sans produire en Algérie des conséquences juridiques.

Notre raisonnement peut se résumer ainsi : Il peut y avoir application du mariage putatif dans une telle hypothèse.

C'est alors un mariage musulman avec toutes ses conséquences logiques, qui existera jusqu'au jour de la découverte de la nullité.

Mais ce mariage n'aura pu avoir lieu que grâce à la conversion préalable de Primus. La conversion de Primus est donc une source indirecte d'effets de droit.

Reste à savoir si les prémisses de notre déduction sont exactes, c'est-à-dire si les principes juridiques nous permettent d'affirmer que les mariages mixtes, nuls pour les raisons que nous avons indiquées, peuvent être déclarés putatifs, et dans ce cas, si les effets découlant de ce mariage putatif sont des effets de droit musulman.

1° *Le mariage peut-il être déclaré putatif ?*

La jurisprudence algérienne (Cf., page 64) n'hésite pas à trancher la question par l'affirmative. Nous l'approuvons malgré la critique très appuyée qu'en a faite M. Larcher, tant dans une monographie (1) publiée dans la *Revue algérienne* que dans une note (2) sous un arrêt célèbre rapporté dans la même revue.

Les arguments de M. Larcher, pour condamner la jurisprudence algérienne, sont au nombre de trois.

La première raison de repousser la solution des tribunaux algériens, « c'est qu'un acte inexistant ne peut produire le moindre effet civil à la différence de l'acte annulable qui, lui, a produit au moins des effets provisoires. Une doctrine à peu près unanime, qui réunit

1. *Des effets du mariage d'une femme indigène musulmane avec un indigène admis à la jouissance des droits de citoyen, après la dissolution du mariage*, dans R. A., 1908, 1.209.

2. Cf. Alger, 2 novembre 1905, R. A., 1906, 2.63, et la très longue note qui suit l'arrêt

les plus éminents civilistes, enseigne en effet que la bonne foi des époux ou de l'un d'eux ne peut couvrir que les causes de nullité proprement dites et non les causes d'inexistence du mariage. (Demolombe, *Cours du Code Napoléon*, t. III, n° 354 ; Aubry et Rau, t. V, § 460, p. 46, note 1 ; Laurent, *Principes du droit civil français*, t. II, n° 515, page 650.) La jurisprudence française est au moins incertaine, seule la jurisprudence de la cour d'Alger admet la putativité avec une surprenante facilité (1). »

Nous croyons devoir repousser l'argument ainsi présenté.

M. Larcher considère, en effet, que « la jurisprudence métropolitaine est au moins incertaine sur la question » et que seule la jurisprudence algérienne n'hésite pas à attacher des conséquences juridiques à un mariage frappé « d'inexistence ». Sa critique porte donc sur la seule jurisprudence algérienne. C'est à tort, pensons-nous. La jurisprudence algérienne ne se sépare pas des effets de la jurisprudence métropolitaine, autant que semble le dire l'auteur. Il nous paraît même qu'en la matière elle n'est qu'une fille très obéissante. La jurisprudence française dans l'immense majorité des cas, ne prend en considération que la bonne foi des époux, sans se préoccuper du genre de nullité du pseudo-mariage,

1. Cf., R. A., 1908, 1, p. 218.

pour appliquer les articles 201 et 202 du Code civil. Et les décisions des différentes juridictions algériennes ne font que la suivre, lorsqu'elles attachent les effets d'un mariage putatif aux mariages mixtes en question. La bonne foi existe, cela suffit.

La jurisprudence française est bien dans le sens que nous venons de lui assigner. Rien n'est plus significatif que les termes d'un arrêt de la cour de Bordeaux (1). De la manière la plus nette, cet arrêt ne tient compte que de la bonne foi. « Malgré l'autorité qui s'attache à l'opinion des jurisconsultes dont le tribunal a appliqué la doctrine, la cour trouve plus rationnel le sentiment de la jurisprudence qui refuse d'admettre pour l'interprétation de l'article 201 une interprétation qui n'est ni dans le texte, ni dans l'esprit de cette disposition, et qui n'exige, pour reconnaître les caractères du mariage putatif, que la bonne foi de la part de ceux ou de l'un de ceux qui ont contracté un mariage déclaré nul par la justice. » On trouve, dans le même sens, un arrêt de la cour de Paris du 18 décembre 1837 (2) et un arrêt de la cour de Bruxelles de 1852 (3). M. Larcher cite bien, il est vrai, en sens contraire (4), un arrêt de Bruxelles du 23 avril 1812 (D., *Répert.*, v^o *Mariage*, n^o 589-2^o) et

1. 5 février 1883, S., 1883.2.137.

2. S., 1838.2.113. — P., 1838.1.77.

3. *Pasicrisie belge*, 18 2.2531.

4. Cf. Larcher, *loc. cit.*, R. A., 1908.1.218.

un arrêt de la cour de Bourges du 17 mars 1830 (D., *Répert.*, v^o *Mariage*, n^o 449-2^o). Mais l'arrêt de 1830 ne tire pas à conséquence ; en réalité, il était avéré que la bonne foi des époux n'existait pas. Il ne reste donc plus que l'arrêt de 1812, c'est peu.

D'ailleurs, pour justifier la jurisprudence que critique M. Larcher, au moyen de la jurisprudence métropolitaine, il y a mieux encore.

Faisons un rapprochement. Les mariages mixtes dont il s'agit sont nuls pour avoir été célébrés dans la forme musulmane.

Or, il y a une analogie frappante entre la nullité de ces mariages et la nullité des mariages célébrés en France, entre deux étrangers de nationalité différente entre un étranger et un Français, selon les formes édictées par la loi étrangère. Cette loi étrangère ne peut trouver application en France que si les deux conjoints sont des étrangers de même nationalité ; de même, en Algérie, la loi musulmane ne peut trouver application que si les deux conjoints sont tous deux indigènes musulmans (1).

1. a) Nous parlons d'« *indigènes musulmans* » ; nous croyons inutile de faire suivre (chaque fois qu'il s'agit du droit civil) l'expression « *indigène musulman* », de celle d'« *étranger musulman* ». Au point de vue du droit civil, l'étranger musulman (hoc sensu) a été assimilé à l'indigène.

b) L'analogie que nous signalons a été relevée par M. Labbé. M. Labbé en note sous un arrêt du 26 mai 1879, S., 1879.2.281, écrit : « Les cadis sont à peu près dans la situation des agents diplomatiques et

Dans un pareil cas, les deux futurs conjoints ne peuvent renoncer aux lois locales. La règle *locus regit actum* n'est plus facultative, elle s'impose.

Mais, lorsque les tribunaux métropolitains déclarent de nul effet un pareil mariage, est-ce qu'ils admettent néanmoins l'application des articles 201 et 202 du Code civil? Si oui, on comprend que la cour d'Alger l'admette « avec facilité », pour le problème qui nous occupe et qui est absolument identique. Or, précisément la jurisprudence française admet de la façon la plus catégorique l'application des articles 201, 202, aux mariages nuls entre étranger et Français par application des principes énoncés. Elle ne tient compte que d'une chose, la bonne foi, et ne se préoccupe pas un seul instant de la question de savoir quel est le degré d'inefficacité du mariage célébré, de savoir s'il est nul, inexistant ou seulement annulable. Les motifs de l'arrêt de Bordeaux du 5 février 1883 se retrouvent très nets, très tranchants dans un arrêt de la Cour de cassation.

Voici l'hypothèse qui a donné lieu à l'arrêt: Par un jugement du 27 juillet 1896 (1), le tribunal civil d'Angers avait décidé que les consuls étrangers étaient incompétents pour unir, en France, un de leurs na-

consuls étrangers en France: Ceux-ci ne peuvent faire acte de leurs fonctions que relativement à des personnes relevant toutes de la même nationalité ou souveraineté qu'eux-mêmes. »

1. C. *Journal du droit international privé*, 1897, p. 802.

tionaux avec une Française ; mais que toutefois un tel mariage pouvait, lorsqu'il avait été contracté de bonne foi, produire les effets d'un mariage putatif. Et pourtant, en la circonstance, le tribunal avait admis l'inefficacité absolue du mariage ! C'était bien là une décision conforme à la pratique de la cour d'Alger.

Il est vrai que ce jugement fut infirmé par la cour d'appel d'Angers qui, dans un arrêt du 31 mai 1898 (1), décida : 1° que le mariage était inexistant ;

2° Qu'en vertu de cette inexistance, il ne pouvait y avoir mariage putatif. Cet arrêt est nettement dans le sens de M. Larcher. Mais la thèse ainsi soutenue n'a pas prévalu. La cour de cassation l'a rejetée sans hésitation pour adopter de la façon la plus formelle la solution du tribunal d'Angers.

Dans un arrêt du 30 juillet 1900 (2), la chambre civile ne tient compte que d'un facteur, la bonne foi, pour admettre la putativité. « La bonne foi est la seule condition mise par le législateur français à la reconnaissance du mariage putatif, et cette bonne foi peut exister, que les parties aient commis une erreur de droit ou qu'elles se soient trompées en fait, *alors même que le vice dont est affecté le mariage le rend inexistant.* » M. l'avocat général Desjardins s'est fait l'interprète éloquent de cette conception.

1. Cf. *Journal du droit international privé*, 1898, p. 911.

2. Cf. *Journal du droit international privé*, 1900, p. 969.

« Je remarque avant tout, dit-il, que l'article 201 du Code civil *ne distingue pas entre les diverses sortes de nullités*; cette distinction entre les mariages nuls et les mariages inexistant est l'œuvre de quelques docteurs, au premier plan desquels figure Zachariæ. *Mais la Cour de cassation ne s'est pas lancée à leur suite*. Vous avez même absolument répudié ces subtilités par votre arrêt de cassation du 15 janvier 1816. Il s'agissait du mariage contracté par un mort civilement. Je ne sache pas qu'on puisse trouver un mariage plus inexistant...; or, vous avez dit: « Vu l'article 202 du Code civil, attendu que la bonne foi d'un des époux a de tout temps constitué la légitimité des enfants issus du mariage putatif, sur quelque motif qu'ait été fondée la légitimité (1) du mariage, d'où il suit que l'article 202 n'a fait que rappeler les principes de la matière, etc... » L'exemple est décisif.

Le rapport du conseiller Madier de Montjau qui précède dans les recueils l'arrêt de la chambre des requêtes du 14 août 1841 (S., 1841.1.619), n'a pas la même importance puisque la cour, en rejetant le pourvoi pour une autre cause, n'eut pas à statuer sur le moyen tiré de la violation des articles 201 et 202. J'en veux pourtant dire un mot à raison de l'analogie des espèces... La cour de Paris après avoir cons-

1. Nous pensons qu'il faut lire: « Sur quelque motif qu'ait été fondée la nullité du mariage... »

taté la bonne foi a appliqué les articles 201 et 202. « Arrêtons-nous un moment, disait le rapporteur, sur ces mots de l'article 201, *le mariage qui a été déclaré nul* ; la loi ne distingue pas ici la *cause de la nullité*, sa disposition est générale et absolue. Ainsi, *tout mariage déclaré nul* peut produire les effets civils tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants lorsqu'il a été contracté de bonne foi. » C'est l'esprit même de la jurisprudence de 1816 (1). »

Ces paroles se passent de commentaire. Elles prouvent surabondamment que l'esprit de la Cour de cassation est celui dont est inspirée la jurisprudence algérienne.

Nous pouvons donc affirmer que dans la majorité des cas la jurisprudence française professe la même théorie que la jurisprudence algérienne, à savoir qu'il n'y a jamais à se préoccuper du degré d'inefficacité du mariage, mais seulement à se demander si la bonne foi existe. Si l'on critique la « Cour d'Alger » il faut aussi critiquer la jurisprudence métropolitaine. Nous ne comprenons pas qu'on puisse leur faire un sort différent (2).

1. *Journal du droit international privé*, 1900, p. 971.

2. Il est surtout difficile de séparer la jurisprudence algérienne de la jurisprudence de la cour de cassation, qui, de l'aveu même de ses magistrats, n'a jamais distingué entre les diverses sortes de nullités, pour appliquer les articles 201 et 202. (Cf. *suprà*, les paroles de l'avocat général Desjardins.)

Par ailleurs, il nous est difficile d'admettre la manière dont M. Larcher formule son premier argument. En effet, l'auteur appuie sa thèse sur les plus grands noms de notre droit civil, Aubry et Rau, Demolombe et Laurent, et même sur l'excellent civiliste M. Huc. (Cf. R. A., 1906.2.66, en note.) Il constate que tous, n'admettent pas l'application des articles 201 et 202 aux mariages inexistant, et fort de leur appui, il critique avec d'autant plus de vigueur les solutions données par la jurisprudence algérienne.

Or, tout d'abord en ce qui concerne M. Huc, nous ne sommes pas absolument certain que l'on puisse raisonnablement l'invoquer en la circonstance. Sans doute, il formule le principe général: on ne peut appliquer les articles 201 et 202 aux mariages inexistant. Mais pour le point particulier qui nous intéresse, il est tout au moins très indécis. Il dit en effet: « La cour d'Alger a jugé que le mariage contracté devant le cadi par un musulman naturalisé français est nul. C'est un cas d'inexistence à raison de l'absence de célébration devant un officier de l'état civil. Mais l'arrêt ajoute que la bonne foi de la musulmane qui croyait se marier valablement selon son statut personnel, assure à ce mariage les effets du mariage putatif (Alger, 26 mai 1879, S., 1879.2.281). Ce qui caractérise l'espèce et peut légitimer la décision c'est que le cadi était réellement, vis-à-vis de la femme, investi de la qualité d'officier d'état civil.

Il ya là un « jus singulare » dérivant de la situation particulière faite à certains sujets français demeurés soumis à leur statut personnel (1). »

Si, en fait, on se rappelle que très souvent les mariages entre musulmans sont célébrés devant le cadi, et si l'on constate — qu'à une exception près — tous les mariages annulés par la jurisprudence algérienne avaient été célébrés devant un cadi, on en arrive à se demander si invoquer, à l'appui de la critique d'une telle jurisprudence, l'autorité de M. Huc n'est pas s'appuyer sur une base fragile (2).

La mise en avant de l'opinion de Demolombe, Laurent et Aubry et Rau n'est pas un point d'appui plus solide pour M. Larcher. En effet, s'appuyer sur tous ces éminents auteurs à la fois nous paraît impossible.

Aubry et Rau et Laurent ont bien affirmé très net-

1. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. II, page 184. Nous faisons d'ailleurs les réserves les plus expresses sur le raisonnement de M. Huc.

2. Citons un passage de MM. Sautayra et Cherbonneau, *Droit musulman. Du statut personnel et des successions*, t. I, page 128, n° 119 : « Le mariage résultant du seul consentement donné en présence de témoins n'a pas besoin pour être valable d'être constaté par écrit : c'est ce qui est reconnu par tous les auteurs, sidi Khalil entre autres... Néanmoins, il a été recommandé de tout temps de faire dresser un acte de mariage. Les émirs en ont donné l'exemple, Haroun er Raschid entre autres et des instructions récentes du gouvernement le prescrivent en Algérie. Ces sages proscriptions sont appliquées sous peine de nullité dans les localités où siègent un cadi et sa mahkama. »

Cf. en ce sens un jugement du cadi de la neuvième circonscription

tement que les mariages inexistantes ne pouvaient jamais produire d'effets par application des articles 201 et 202. Mais ils n'ont pas la même terminologie; ils ne donnent pas le même sens au mot inexistant.

Aubry et Rau séparent catégoriquement la nullité de l'inexistence. Lorsqu'ils parlent d'inexistence, ils emploient ce mot dans le sens que lui donnait Zachariæ, dans le sens de l'inexistence philosophique. D'après les deux jurisconsultes, l'acte inexistant ou non avenu est « celui qui ne réunit pas les éléments « de fait que suppose sa nature en son objet et en « l'absence desquels il est logiquement impossible « de le concevoir. »

D'ailleurs, pour eux l'inefficacité d'un pareil acte est « indépendante de toute déclaration judiciaire et il appartient à tout le monde de la reconnaître, même d'office ». Au contraire, dans leur conception, l'acte nul est celui qui réunit tous les éléments nécessaires à son existence, mais qui est frappé d'inefficacité « comme contrevenant à une défense ou à un commandement de la loi ». Et ils estiment que jamais il

de Constantine du 5 mai 1864, rapporté dans Sautayra et Charbonneau, *op. cit.*, t. I, page 128 ;

Un jugement du cadi de Collo du 14 décembre 1864 rapporté dans Sautayra et Charbonneau, *op. cit.*, t. I, page 129 ;

Un jugement du cadi de Mostaganem du 29 décembre 1866 rapporté dans Sautayra et Charbonneau, *op. cit.*, t. I, page 129.

Les deux premiers de ces jugements ont fait l'objet d'un appel devant la cour d'Alger. Ils ont été confirmés tous les deux.

n'y a de nullité, de plein droit, en vertu de la loi ; même lorsque le texte la qualifie « de droit », « nullité de plein droit », un jugement doit toujours intervenir (1).

De ceci il résulte, le plus naturellement du monde, que pour Aubry et Rau les articles 201 et 202 s'appliqueront toujours en dehors de l'inexistence proprement dite, c'est-à-dire s'appliqueront à toutes les nullités, qu'elles soient absolues ou relatives.

Au contraire, Laurent (2) prend le mot nul comme synonyme d'annulable. Le mot nul désigne (ainsi que le mot annulable) les nullités relatives. Et Laurent applique le terme « inexistant » aux actes qui sont dits nuls de plein droit par la loi, aux actes nuls de nullité absolue, et certainement aussi aux actes qu'Aubry et Rau qualifient d'inexistants. Donc pour Laurent il n'y aura que les mariages simplement annulables qui pourront être déclarés putatifs.

Quant à Demolombe (3), d'une manière générale, il

1. Cf. à ce sujet, Planiol, *Traité élém.*, t. I, page 126 de la 5^e édition. Notre court exposé de la conception des jurisconsultes Aubry et Rau est emprunté à notre maître éminent.

2. Cf. t. XV, n^{os} 450 à 455 ; t. II, pages 341 à 355 et pages 430 à 447 ; t. XXII, n^{os} 391 et 392.

3. Cf. t. IV, n^{os} 354 et 355. Dans chacun de ces deux numéros, nous avons un exemple de la terminologie employée par Demolombe.

N^o 354 : « Marcadé enseigne que le mariage nul, c'est-à-dire *inexistant*... »

N^o 355 : « Que la distinction entre le mariage nul et le mariage annulable doive ici se représenter, je le crois... »

emploie le mot inexistant comme synonyme du mot nul et comprend ainsi sous la dénomination de nullité ou d'inexistence, la nullité absolue ou l'inexistence au sens que donnent Aubry et Rau à ce mot, par opposition à la simple annulabilité. En conséquence, si Demolombe prohibait l'application des articles 201 et 202 aux mariages inexistantes, il en arriverait à la même conception que Laurent : seuls les mariages annulables pourraient bénéficier de la putativité. Mais Demolombe n'affirme nulle part qu'un mariage inexistant ne peut être déclaré putatif. Nulle part Demolombe ne pose une pareille formule. L'éminent civiliste se défend de vouloir donner un principe général (Cf. n° 354 du tome III); il envisage une série d'hypothèses et ne donne que des solutions d'espèces. Des différentes solutions d'espèce qu'il présente, la formule que l'on peut dégager est la suivante : L'application des articles 201 et 202 ne peut être consacrée que pour des actes *pouvant passer pour la célébration d'un mariage*. Mais pour tous ces actes, l'application des principes de la putativité doit trouver place dès qu'il y aura bonne foi, quelle que soit la qualification juridique à donner à l'inefficacité dont ils sont frappés, qu'ils soient nuls de nullité relative, ou nuls de nullité absolue.

Il nous suffira de citer trois passages des développements qu'il a consacrés à la matière, pour prouver le bien-fondé de ce que nous venons d'avancer.

Demolombe écrit au n° 354, page 539 de son tome III: « Vous supposez qu'une jeune orpheline, abusée par un infâme, a cru se marier légitimement devant un greffier de campagne qui s'est fait le complice de son séducteur; et vous dites que la bonne foi de cette malheureuse donnera les effets civils à son mariage (Marcadé). — A son mariage! mais y a-t-il donc là mariage? non, sans doute, il n'y a qu'une comédie, qu'une parodie cruelle! C'est une séduction détestable sans doute; mais il n'y a pas l'ombre ni l'apparence d'un mariage; or, d'après les textes, c'est le *mariage contracté de bonne foi* qui peut produire les effets civils, donc il faut qu'il y ait au moins un mariage tel quel, une *célébration* enfin, telle qu'elle soit. »

A la page 540, il dit dans le même sens: « Supposez une personne assez naïve pour croire qu'on peut se marier par un simple acte sous seing privé, et sans plus de façon! Direz-vous qu'il y aurait là un mariage putatif? Personne n'irait jusque-là, je pense, donc il y a nécessairement des cas où les magistrats ne pourraient pas, lors même que l'époux serait de bonne foi, ne pourraient pas, dis-je, appliquer les articles 201, 202; et ces cas, selon moi, sont ceux dans lesquels il n'y aura eu légalement parlant aucune *célébration* de mariage. »

Au contraire, à la page 541, il écrit: « Mais l'un des conjoints était *mort civilement*? Voilà, certes, une nullité radicale; le mariage est *nul*; il n'y a pas

de mariage ! — J'ai déjà répondu qu'il s'en faut de beaucoup que notre Code ait adopté de tous points la distinction entre la *nullité* et l'*annulabilité* ; je vais ici plus loin, et j'ajoute qu'il n'y avait même pas lieu de l'admettre dans notre hypothèse. De quoi donc s'agit-il ? de venir au secours de la bonne foi et de l'infortune d'un époux trompé ; or, cette bonne foi peut très bien exister de la part du conjoint d'un mort civilement ; donc les motifs essentiels de la loi sont ici tout à fait applicables. »

Le rapprochement de ces trois passages justifie, pensons-nous, la façon dont nous avons formulé la pensée de Demolombe.

Et ainsi Aubry et Rau, Laurent et Demolombe sont loin d'être d'accord sur la question de savoir quel est le degré d'inefficacité d'un mariage, qui permet l'application des articles 201 et 202. Chacun de ces auteurs a une conception différente et il nous paraît téméraire d'invoquer en bloc leur autorité. Il faut nécessairement, à peine d'inconséquence, que M. Larcher choisisse entre ces éminents civilistes.

Au reste, les expressions de M. Larcher, tant dans son article que dans sa note, ne sont pas assez explicites pour nous permettre de dire exactement quelle est celle de ces conceptions qui a sa faveur. Mais qu'en définitive l'auteur suive Aubry et Rau, Laurent ou Demolombe, nous ne pouvons pas admettre son premier argument contre la jurisprudence algérienne.

En effet, si M. Larcher, à l'exemple d'Aubry et Rau, sépare l'inexistence de la nullité de plein droit, il ne peut affirmer que le mariage célébré selon les formes musulmanes entre Européen et indigène musulman soit inexistant. Il n'est pas possible de dire qu'il y a là un acte inexistant au sens que donnaient Zachariæ et Aubry et Rau à ce mot. Ce mariage n'est pas un acte qui « *ne réunit pas les éléments de fait que suppose sa nature ou son objet et en l'absence desquels il est logiquement impossible de le concevoir.* » Ce qui le prouve bien, c'est que le législateur reconnaît la pleine validité du mariage célébré selon les formes musulmanes ; c'est qu'il attache des effets nombreux et certains à un pareil acte qui en lui-même est parfaitement valable.

Si M. Larcher prend au contraire le mot inexistant dans le sens que lui donne Laurent, et comme lui en vient à décider que seul le mariage annulable peut être déclaré putatif, sa solution ne peut encore nous satisfaire. Dans ce cas, en effet, il nous semble que l'auteur ajoute à la loi (art. 201) qui parle de la manière la plus large du « *mariage qui a été déclaré nul* ». C'est le cas de dire avec le conseiller Madier de Montjau que la loi ne distingue pas ici la cause de la nullité, que sa disposition est générale et absolue. Par ailleurs, si le texte ne justifie aucunement une pareille conception, il nous semble que le bon sens et l'équité la condamnent. Qu'est-ce donc en effet qu'un mariage

putatif sinon une prime accordée à la bonne foi ? Qu'est-ce donc qu'un mariage putatif, sinon la fiction par laquelle on répute valable en partie un mariage qui ne peut produire aucun effet, afin de récompenser la bonne foi de celui ou de ceux qui ont cru contracter un mariage normal ? S'il en est ainsi, il devient absolument impossible de distinguer selon que le mariage est affecté d'une simple annulabilité ou d'une nullité dite de plein droit, etc... Les époux de bonne foi et les enfants seront aussi gravement lésés dans un cas que dans l'autre, il convient de récompenser la bonne foi dans un cas comme dans l'autre (1). (Cf. Demolombe, p. 542, t. III.)

Enfin même si M. Larcher se décide pour la conception de Demolombe, son premier argument contre la jurisprudence algérienne nous paraît contestable. La théorie de Demolombe ne diffère pas en effet du second argument invoqué par l'auteur que nous combattons ; or, nous repoussons également le deuxième argument, nous allons voir comment.

La deuxième raison de repousser la jurisprudence algérienne, dit en effet M. Larcher : « c'est que la formule même de l'article 201 du Code civil ne permet d'attacher les effets civils du mariage, par la fiction

1. Cf. sur cette question l'opinion de M. Planiol qui paraît être dans notre sens. *Traité élém.*, t. I, ch. XI, *Des mariages putatifs*. Cf. *Pandectes françaises, Répert.*, v^o *Mariage*.

du mariage putatif, qu'au mariage *contracté* de bonne foi. Cela suppose qu'il y a eu quelque chose que l'on puisse considérer comme la célébration du mariage ; et on n'aperçoit rien de semblable dans le mariage musulman où la femme n'a même pas comparu le plus souvent, où il n'y a ni célébration ni même échange de consentement (1). » Cette deuxième raison est d'ailleurs développée aussi R. A., 1906. 2. 65 et d'une manière peut-être plus explicite : « Pour qu'il y ait mariage putatif, il faut un mariage *contracté* de bonne foi... Même les auteurs qui admettent le mariage putatif de la façon la plus large sont empêchés de l'admettre en semblable cas à raison du terme *contracté* qui se trouve dans le texte de l'article 201. Un auteur élémentaire qui est de ceux-ci a écrit : « Il est cependant nécessaire qu'il y ait une forme quelconque de célébration. D'après le texte, c'est le mariage « contracté » de bonne foi qui peut produire les effets civils. Il faut donc qu'il y ait eu au moins quelque chose qu'on puisse considérer comme la célébration d'un mariage. Ainsi on devrait certainement refuser les effets civils du mariage à quelqu'un qui prétendrait s'être marié sans aucun acte. Il est même douteux que les tribunaux consentent jamais à valider, à titre de mariage putatif, comme le proposait Marcadé, un mariage contracté devant un greffier de justice de paix par une jeune fille ignorante et abusée. » (Planiol, *Tr. élém. de droit civil*, t. III, n° 446.)

Quelques lignes plus loin, M. Larcher ajoute :
« ... On peut dire en un certain sens que le mariage a été célébré à la mode musulmane, mais on ne peut dire qu'il ait été *contracté*. Il n'y a pas eu d'accord de volontés, de consentements entre les deux époux, et c'est pour cela qu'on ne peut appliquer les articles 201, 202 du Code civil. »

Eh bien ! ce deuxième argument ne nous séduit pas ; il ébranle nos convictions encore moins que le premier.

En effet, que signifie le mot « *contracté* », sur lequel M. Larcher échafaude toute son argumentation ? Tout ce que l'on est en droit d'exiger en partant de ce terme, c'est que pour pouvoir décider qu'il y a lieu d'appliquer les principes de la putativité, il faut que l'on se trouve en face d'une célébration de mariage quelconque, de quelque chose qui ressemble à une célébration. Il est tout naturel que lorsque aucune formalité pouvant être tenue pour une célébration n'aura été accomplie, on ne puisse appliquer la putativité. Celui qui invoquerait les articles 201 et 202 du Code civil, alors qu'il n'y aurait eu aucun acte pouvant raisonnablement passer pour une célébration de mariage, serait ou un dément ou un mauvais plaisant !

Et c'est à coup sûr ce que pense M. Planiol lorsqu'il écrit : « Il est cependant nécessaire qu'il y ait *une forme quelconque de célébration*. D'après le texte, c'est le mariage *contracté* de bonne foi qui peut

produire les effets civils. Il faut donc qu'il y ait du moins *quelque chose qu'on puisse considérer comme la célébration d'un mariage*. (Comp., Demolombe, t. III, n° 354.) Ainsi, on devrait certainement refuser les effets civils de mariage à quelqu'un qui prétendrait s'être marié sans acte. Il est même douteux que les tribunaux consentent jamais à valider à titre de mariage putatif, comme le proposait Marcadé, un mariage contracté devant un greffier de juge de paix, par une jeune fille ignorante et abusée. » (*Traité élém.*, t. I, p. 370, n° 1107, 3^e édition.)

Cette conception, par ailleurs, paraît être celle de M. Larcher lorsqu'il dit : «... La formule même de l'article 201 du Code civil ne permet d'attacher les effets civils du mariage, par la fiction du mariage putatif qu'au mariage *contracté* de bonne foi. Cela suppose qu'il y a eu quelque chose que l'on puisse considérer comme la célébration du mariage (1).

Si donc il nous semble qu'un mariage célébré selon les formes mulsumanes nous mette en présence de cette célébration nécessaire et suffisante qu'on est en droit d'exiger en s'appuyant sur le terme *contracté*, nous ne pouvons pas accepter l'argument que M. Larcher tire du même mot. Or, c'est une solution qui ne nous paraît pas douteuse. Nous pensons, avec M. Pla-

1. Nous avons exposé, page 62, que cette conception est celle de Demolombe.

niol (t. I, p. 369-370, 3^e édition), qu'il n'est pas possible de refuser l'application des principes de la putativité à un mariage contracté devant un agent diplomatique, entre deux personnes dont l'une seulement appartient à la même nation que l'agent, et qui est nul pour incompétence. Il serait bien difficile d'écarter l'application des articles 201 et 202 à un mariage, qui *a eu une célébration, qui même pour la loi française est une des formes du mariage, et aurait pu donner une union valable.*

Dès lors, comment pourrions-nous hésiter à dire que les formes du mariage musulman constituent une célébration suffisante ?

La même raison se retrouve ; il y a une célébration qui, même aux yeux de la loi française, est une des formes du mariage et aurait pu donner une union valable.

M. Planiol n'envisage pas notre hypothèse, mais raisonnablement pourrait-il donner une solution autre s'il avait à se prononcer ? Il ne nous semble pas ; ce qui est vrai d'un mariage nul pour avoir été célébré par un agent diplomatique incompétent, doit être vrai pour un mariage mixte célébré selon les règles musulmanes.

Sans doute M. Larcher cite en son sens M. Planiol, mais nous estimons qu'il ne faut pas s'arrêter à cette citation que nous avons faite, nous aussi, en ses temps et lieu (page 84) pour interpréter le sens du

mot *contracté*. Le passage en question signifie qu'il doit y avoir un minimum de formalités pouvant passer pour une célébration, si l'on veut appliquer les articles 201 et 202. Or, nous venons d'essayer de prouver que ce minimum de formalités existait très certainement lorsqu'un mariage avait été célébré entre un indigène musulman et un Européen, selon les formes musulmanes.

M. Larcher a l'air de trouver extraordinaire que l'on puisse attacher les effets d'un mariage putatif à un acte où il n'y a pas eu l'accord des volontés des *deux époux eux-mêmes* (1). Que l'absence de l'accord des volontés des deux époux fasse de l'acte quelque chose d'assez différent de la conception que nous avons en France du mariage, nous le voulons bien ! Mais nous n'avons pas à entrer dans ces considérations. *La loi française reconnaît que l'échange des consentements tel que le conçoit la législation musulmane* est suffisant pour créer un mariage plein et entier ; nous sommes obligé de reconnaître que ce qui peut produire un *mariage plein et entier doit pouvoir produire un mariage putatif* (2).

1. Cela ressort des deux passages suivants :

R. A., 1906.2.63 : « Il n'y a pas d'accord de volontés, de consentements entre les deux époux et c'est pour cela que l'on ne peut appliquer les articles 201, 202 du Code civil. »

R. A., 1908.1.218 : « ... La femme n'a même pas comparu le plus souvent ; ... il n'y a ni célébration ni même échange de consentement. »

2. D'ailleurs, en fait, il faut dire que dans la majorité des cas, l'ac-

Nous en avons ainsi fini avec le deuxième argument de M. Larcher et nous sommes amené à examiner le troisième.

cord de volontés, le *consentement donné par les deux époux*, existera. En effet, lorsqu'il s'agit d'enfants mâles, un père ne peut exercer le droit de *djebr*, qui est la suppression de la volonté d'un époux devant celle de son père, qu'autant que le fils est impubère. Quand le fils devient pubère, il atteint sa majorité somatique et échappe par là à la puissance du père, en ce qui concerne sa personne.

Sautayra et Cherbonneau, *op. cit.*, t. I, page 61 : « Le fils pubère est désigné sous le nom de *bâler*. En principe le *bâler* ne peut être marié que de son consentement. Et sur ce point tous les rites sont d'accord. » Nous lisons encore, dans les mêmes auteurs, t. I à la page 345 : « Pour les fils, l'administration de la personne cesse avec la puberté parce qu'ils sont alors considérés comme capables de se conduire, de distinguer le bien du mal ; à leur puberté ils ne sont plus soumis au droit de correction, le mariage ne peut plus leur être imposé. »

Or, si nous considérons que la puberté est fixée d'une manière générale à 15 ans chez les hanéfites, à 18 ans chez les malékites, nous sommes obligés de constater que dans l'immense majorité des cas, le fils donne son consentement au mariage parce qu'il se marie après 18 ans.

Quid de la fille ? La règle est la même pour la fille soumise au rite hanéfite. Dès qu'elle est majeure, le droit de *djebr* ne peut plus s'exercer ; donc toute fille nubile donne son consentement. Et la jurisprudence française n'admet pas que le consentement du père puisse le suppléer. (Cf. S., 1879.2.281. Cf. *ibid.*, la note de Labbé.)

Restent les filles malékites. Ici encore le droit de *djebr* comporte de nombreuses exceptions. Toutes les fois que la puissance paternelle aura disparu, le droit de *djebr* qui en est le corollaire, aura disparu lui aussi. Or, cette puissance paternelle disparaît :

1° Pour toutes les filles qui ont déjà été mariées et dont le mariage a été consommé, cela, même du vivant de leur père ;

« La troisième raison, écrit l'auteur que nous discutons, c'est qu'il est au Code civil un article vraiment décisif, l'article 194, aux termes duquel nul ne peut réclamer les effets civils du mariage s'il ne présente un acte inscrit sur le registre de l'état civil. Au cas de

2^o Pour toutes les filles (et même pour les fils non pubères), le droit de *djebr* disparaît par la mort du père, quand le père n'a pas nommé un ouaci (tuteur testamentaire) à qui il a conféré expressément ce droit. Les malékites, en effet, considérant le droit de *djebr* comme essentiellement personnel, comme attaché exclusivement à la qualité de père, en refusent la dévolution même à l'aïeul, c'est ce qui résulte du texte de Sidi-Khalil, ne parlant que du père, du ouaci et du cadi et ce qu'a consacré la jurisprudence algérienne.

Le cadi malékite d'Alger a par jugement du 16 août 1870 débouté un grand-père qui demandait à exercer le droit de *djebr*. Appel a été interjeté ; la cour d'Alger a maintenu la décision du premier juge par un arrêt du 11 octobre 1870. (Cf. Sautayra et Cherbonneau, *op. cit.*, t. I, p. 67.)

Il y a plus ; il serait faux de dire qu'en ce qui concerne les filles pour lesquelles le droit de *djebr* reste entier, ce droit s'exerce toujours. Très souvent le père n'use pas de son droit et la volonté de la jeune fille est seule prise en considération. Bien mieux, chaque fois qu'un père veut exercer son droit, il risque d'après une pratique jurisprudentielle constante — et d'ailleurs très peu défendable en droit — de voir la nullité du mariage prononcée. Par une série d'arrêts tous plus concluants les uns que les autres, la jurisprudence algérienne repousse l'exercice du droit de *djebr* :

Alger, 10 déc. 1877, B. J. A., 1878, 28 ; Alger, 27 juin 1881, B. J. A., 1882, 75 ; Alger, 9 avril 1884, B. J. A., 1884, 131 ; Alger, 15 avril 1885, R. A., 1886, 2, 309.

Cf. aussi, trib. de Sidi-bel-Abbès, 10 mai 1892, R. A., 1892, 2, 201. Nous estimons donc qu'il est au moins exagéré de dire qu'il « n'y a pas d'accords de volontés, de consentements entre les deux époux. »

mariage musulman, aucun acte ne figure au registre de l'état civil ; à peine existe-t-il, ce qui est tout autre chose, une mention de la déclaration, si la déclaration prescrite par la loi du 23 mars 1882 a été faite (1). »

L'argument est spécieux ; nous ne le croyons pas décisif.

Il est bien vrai que le Code civil ne permet pas à un individu d'invoquer les conséquences de ce mariage s'il ne fait pas la preuve d'une manière précise, par la production d'un acte de l'état civil (Cf. art. 194). Mais dans l'hypothèse d'un mariage mixte célébré selon la loi musulmane, l'article 194 (article qui tranche non pas une question de fond mais bien une question de preuve) ne saurait trouver application.

Dans une telle hypothèse, il faut se débarrasser des principes du droit civil pur, pour avoir recours à des principes très étroitement apparentés au droit international privé (2).

1. R. A., 1908,1,218.

2. Nous parlons de « principes *étroitement apparentés* au droit international privé » ; nous n'osons pas parler de « principes du droit international privé ». Nous craindrions en le faisant de nous attirer certaines critiques. L'indigène en effet n'est pas un étranger, il n'appartient pas à une souveraineté qui lui est propre, il dépend de la souveraineté française. C'est pourquoi il est certainement exact de dire qu'un conflit entre la loi française et la loi musulmane n'est pas un conflit rentrant, au sens rigoureux des mots, dans

Si nous supposons un Français épousant une Anglaise en Angleterre, et selon les formes anglaises, ce mariage sera parfaitement valable, si les prescrip-

le domaine du droit international privé ; l'application des règles du droit international privé suppose évidemment la coexistence de deux souverainetés. (Cf. Dunoyer. *Étude sur le conflit des lois spécial à l'Algérie*, thèse, Paris, 1888, v. page 7 et page 41 ; Cf. Besson. *La législation civile de l'Algérie*, pp. 142 et 143 ; Cf. aussi Larcher. *Traité élémentaire*, t. II, p. 18, etc...)

Mais c'est là une distinction assez légère ; une distinction de forme, bien plus que de fond.

Il nous paraît incontestable, bien qu'il n'y ait pas la juxtaposition de deux souverainetés, que les règles du droit international privé devront s'appliquer toutes les fois qu'un conflit se produira entre la loi musulmane (dans les cas où son maintien est formellement consacré) et la loi française.

C'est qu'en effet, à bien considérer les choses, à descendre jusqu'à leur fondement, nous sommes amenés à dire que le droit musulman jouit dans son application en Algérie d'un caractère absolument analogue à celui des lois étrangères s'appliquant en territoire français ; ou si l'on préfère, le respect des lois étrangères en France et le respect de la loi musulmane en Algérie tiennent aux mêmes causes.

On dit couramment que le maintien du droit musulman est une faveur, une exception (Cf. notamment Besson, *op. cit.*, p. 142 et 143.) Une faveur le droit musulman ? Nous le concédons, et l'avons concédé bien volontiers ; rien n'est plus exact. Mais qu'est donc l'application de la loi étrangère dans un pays souverain ? Qu'est donc cette immixtion d'une souveraineté dans une souveraineté ? C'est peut-être bien un droit au profit d'une des deux souverainetés à l'encontre de l'autre. Mais si ce n'est pas un droit, ce ne peut être qu'une faveur accordée par l'une à l'autre.

Or, ce n'est pas un droit, cela ne peut pas être un droit ; c'est toujours, de la part de l'État qui laisse s'appliquer chez lui une loi étran-

tions des articles 170 et 171 du Code civil ont été observées. Mais par application de la règle *locus regit actum*, tout ce qui a trait à la forme de ce ma-

gère, un acte de plus ou moins grande courtoisie ; c'est toujours une concession. Le droit international privé qui est par définition l'ensemble des règles qui régissent ces empiètements d'une souveraineté sur une autre, ne peut jamais être qu'un ensemble de règles dont l'application est purement et simplement le fruit de certaines abdications des États, et d'*abdications volontaires*. Chaque fois qu'en vertu des règles générales du droit international privé une loi reçoit application dans un pays étranger, il y a là une atteinte portée à la loi étrangère, et une atteinte que la nation étrangère subit *volontairement*. *Volontairement*, car en réalité l'application d'une loi émanant d'un pays, dans un autre pays, n'a pas de sanction. Le droit international privé n'est pas, ne peut pas être un droit au même sens que le droit national ; il ne s'impose pas. Les lois étrangères qui s'appliquent dans un pays émanent d'une souveraineté, mais il n'y a pas de souveraineté étrangère capable d'en assurer l'exécution dans ce pays. Elles ne s'appliquent qu'autant que le pays le veut. C'est pour cela que, toujours, dès que l'ordre public est intéressé, les États souverains prohibent l'application des lois étrangères susceptibles de toucher à cet ordre public. Pour une souveraineté, la volonté de s'effacer devant une autre souveraineté cesse dès qu'elle se croit en péril. C'est ce qui se passe en France où l'on ne tolère les lois étrangères qu'autant qu'elles ne portent pas atteinte à nos principes d'ordre public.

L'application des lois étrangères en France est donc ni plus ni moins une faveur, une *concession purement volontaire* de la part du législateur français.

Seulement, pour la loi étrangère, l'État français dit : « Je fais une concession parce que la loi que je tolère émane d'un État libre, indépendant comme moi et que je ne peux mépriser. »

Pour la loi musulmane, le législateur ne peut plus parler d'une sou-

riage devra s'apprécier selon la loi anglaise. Ainsi ce sera à cette loi qu'il faudra se référer pour apprécier les solennités nécessaires, les formes instrumentaires de l'acte qui constate cette célébration, etc... *De même, ce mariage pourra être prouvé en France,*

veraineté indépendante... il se fonde alors sur d'autres raisons, sur le respect des traditions religieuses d'un peuple, sur le désir de ne pas froisser des consciences, etc... Il n'y a que le motif qui varie ; la cause est la même dans les deux situations.

Et c'est pour cela que nous pensons que les règles qui servent à trancher les conflits de lois en droit international privé, doivent trouver application lorsqu'il s'agira de trancher un conflit entre la loi musulmane et la loi française.

Nous invoquons d'ailleurs en faveur de cette conclusion l'opinion de notre maître M. Weiss : « Cette contrariété des lois qui régissent la métropole et ses colonies peut donner lieu à des conflits... Et ces conflits, quoique n'appartenant pas au droit international proprement dit, puisqu'ils ne mettent pas en jeu deux souverainetés distinctes, seront le plus souvent régis par des règles semblables à celles que nous poserons plus loin pour la solution des conflits internationaux. » (Cf. *Précis de droit international privé*; Introduction, XV; édition de 1886.)

De même, en faveur des explications que nous avons fournies pour essayer de déterminer le fondement des règles de droit international qui permettent à une loi de s'appliquer dans un pays autre que celui qui l'a promulguée, nous pouvons invoquer l'avis de M. Bartin.

« Lorsqu'un État, par une disposition expresse de ses lois internes ou par l'approbation tacite qu'il donne à la jurisprudence de ses tribunaux, admet l'application des lois étrangères sur son territoire, lorsqu'il reconnaît que certains litiges sont soumis à leur empire, *il limite volontairement le domaine de sa propre souveraineté qui en fait est absolue* ..

« Qu'il fonde cette restriction de ses pouvoirs sur le « Comitas gen-

par tous les moyens reconnus par la « lex loci ». Ceci est incontestable, pour prouver un pareil mariage, on ne pourra jamais exiger un acte de l'état civil conforme à l'article 194.

Mais ce qui nous paraît tout aussi incontestable, c'est l'application des mêmes règles lorsqu'on voudra invoquer les effets de ce mariage, à titre de mariage putatif. Il nous semble que les règles de preuve doivent être les mêmes, que l'on veuille se prévaloir des effets d'un mariage complètement valable, et pour l'avenir, et pour le passé, ou que l'on veuille se prévaloir des effets d'un mariage valable pour le passé seulement.

Or, pour un mariage entre indigène musulman et Européen, il faut raisonner pareillement. Les mêmes principes s'imposent, ils ont la même raison d'être (Cf., p. 90, note 2). Pour prouver un mariage célébré en Algérie selon le rite musulman entre indigènes musulmans, on ne songe pas à appliquer l'article 194. On ne songerait pas plus à l'appliquer si un musulman et un Français se mariaient au Maroc dans les formes locales; il y aurait application de

tium» ou sur des considérations juridiques, peu importe, elle n'en reste pas moins volontaire de sa part puisque, à défaut d'un supérieur commun qui n'existe pas, les autres États ses égaux ne sauraient le contraindre à la consentir. » (Cf. *De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois*; dans le *Journal du droit international privé*, année 1897, p. 236.)

la *lex loci* et en conséquence des règles de preuve selon le droit musulman. On ne doit pas non plus avoir recours à d'autres règles que les règles musulmanes lorsqu'il s'agit d'invoquer les effets d'un mariage musulman¹ nul, mais validé en partie comme putatif.

Notre conclusion très ferme est donc qu'on ne saurait tirer argument de l'article 194. Seules les règles de preuve musulmanes peuvent ici trouver application. Or, la preuve d'un mariage en droit musulman se fait par tous moyens possibles (1).

Ainsi, nous ne croyons pas pouvoir admettre la critique formulée par M. Larcher contre l'application par la jurisprudence algérienne des articles 201 et 202 du Code civil aux mariages mixtes célébrés selon le rite musulman et frappés de nullité. Aucun des trois arguments qu'il a fort habilement présentés n'a pu nous satisfaire; et en rejetant cette critique, la seule que l'on ait faite, nous avons par là même essayé de justifier la première partie de nos prémisses: « Les mariages mixtes, nuls pour avoir été célébrés selon le rite musulman peuvent néanmoins produire des effets à raison de la bonne foi des époux ou de l'un d'eux. »

Il nous reste maintenant à vérifier l'exactitude de la deuxième partie de nos prémisses :

1. Cf. Luciani, *Traité des successions musulmanes*, page 53, n° 86.

Cf. aussi 22 février 1869, Robe, 1869, page 17.

« *Les effets résultant d'un pareil mariage putatif seront des effets de droit musulman.* »

Nous croyons que le fonctionnement normal des principes impose cette solution. En effet, le mariage putatif est une prime accordée à la bonne foi. C'est la bonne foi des époux que l'on veut récompenser, en faisant produire des effets à un mariage nul. Mais cette bonne foi, c'est précisément la croyance en la validité du pseudo-mariage. Or, si une femme Secunda a cru se marier selon la loi musulmane, peut-on raisonnablement faire produire à ce mariage d'autres effets que ceux qu'il a été dans l'esprit de cette femme de bonne foi, de lui faire produire ? Le mariage putatif, en réalité, imite quant à ses effets le mariage pleinement valable ; c'est une imitation partielle, mais une imitation. Donc quand deux personnes auront contracté un mariage qui, dans leur idée, ou dans l'idée de l'une d'elles, devait avoir des effets de droit musulman (et qui est nul en réalité), les effets qu'on lui attachera néanmoins en vertu de la bonne foi devront être des effets de droit musulman. A l'aide de la fiction du mariage putatif, on valide partiellement *l'acte que les parties ont voulu accomplir* ; il serait bien extraordinaire de valider autre chose !

Or, ce serait valider autre chose que de faire produire les effets civils du mariage français, à un mariage qui, dans l'idée des deux conjoints ou tout au moins de l'un d'eux, était un véritable mariage musulman.

Cette solution qui nous paraît peu contestable a été formulée très nettement par M. Labbé.

Un mariage entre un Arabe naturalisé et une indigène musulmane avait été célébré devant le cadi. La cour d'Alger admit que ce mariage était nul, mais devait produire des effets à raison de la bonne foi (1). Or, M. Labbé écrit en note sous l'arrêt prononçant et la nullité et la putativité : « ...Il (l'époux de bonne foi) conservera le bénéfice des dispositions *sous l'empire desquelles il a cru se marier*. La loi française respecte en cette circonstance comme en plusieurs autres l'application aux étrangers de la loi qui leur est propre. Cet époux pourrait, on le reconnaît généralement, s'abstenir d'invoquer le chef du jugement qui proclame sa bonne foi... et se prévaloir des effets purs et simples, de la nullité... Mais cette option doit être simple et ne comporte pas de division..., il y a nullité ou validité du mariage ; c'est tout l'un ou tout l'autre... Ce qui semble plus clair et plus certain, c'est que l'époux de bonne foi et dont l'erreur a précisément eu pour effet d'exclure de son esprit l'idée d'un changement de nationalité ou de législation, ne peut pas se prévaloir des dispositions de la loi de son conjoint concernant le mariage. Cet époux s'appuie sur sa bonne foi, sur ce qu'il a ignoré la condition et par suite la loi nationale de son conjoint.

1. Cf. S., 1879, 2.281. La note de M. Labbé est dans le même recueil.

Il ne veut pas être déçu dans son attente. *Tout ce qu'il peut obtenir, c'est de recueillir de l'état de mariage les effets de la loi sous l'empire de laquelle il a cru se marier.* Dans notre espèce, la femme musulmane pourrait, nous le croyons, préférer à l'exécution des conventions intervenues entre elle et son mari les conséquences pures et simples de la nullité. *Mais elle ne pourrait pas exiger l'application de la loi française sur le mariage, par préférence à l'application de la loi musulmane (1). »*

La cour d'Alger a manifesté la même opinion, au moins une fois, et d'une manière très catégorique. Dans un arrêt déjà cité, du 14 avril 1874, elle avait admis la validité du mariage célébré devant un cadi entre un indigène musulman et une Espagnole convertie à l'islamisme. C'est à raison de cette validité qu'elle avait admis des droits successoraux entre les deux époux. Mais à côté de cet argument principal, elle disait subsidiairement :

1. S., 1879.2.283. Il convient de citer à côté de M. Labbé des passages d'auteurs différents qui paraissent dans le même sens.

Nous croyons que c'est l'avis de M. Huc, *op. cit.*, t. 2, p. 180, n° 160. « La loi a organisé un mariage putatif, c'est-à-dire un mariage qui, malgré le vice dont il était atteint, existait néanmoins dans l'opinion des deux époux ou de l'un d'eux. »

C'est aussi implicitement l'avis de Laurent et de tous ceux qui parlent avec lui de fiction. « La fiction consisterait à considérer comme ayant existé un mariage qui en réalité n'aurait jamais eu d'existence valable... » Huc, *op. cit.*, t. 2, n° 163.

« Attendu, au reste..., qu'il est une autre considération que l'on ne saurait repousser et qui justifie de plus en plus la solution ci-dessus ;

Qu'il est hors de doute, en effet, que le mariage de la dame Meriem, fût-il déclaré nul, sa bonne foi et sa possession d'état ainsi que celles de son fils ne pouvant être contestées, ledit mariage, au fond, n'en devrait pas moins produire tous ses effets civils :

Que cela étant, il faut bien reconnaître que ces effets ne pourraient être réglés qu'au point de vue des principes de la législation musulmane ;

Etc... »

Ainsi donc, pour nous résumer, nous croyons qu'il est exact de dire qu'un mariage mixte et nul pour avoir été célébré selon le rite musulman, peut être déclaré putatif.

Nous croyons tout aussi exact de dire que les effets qu'il faudra attacher à ce mariage putatif devront être des effets de droit musulman, quand telle aura été l'intention des parties à l'acte.

Partant de là, nous espérons avoir montré, en raisonnant comme nous l'avons fait plus haut (page 65), que la conversion à l'islamisme, d'un Européen Primus, pourra entraîner des effets juridiques.

B. — Nous savons que le mariage mixte célébré selon les formes musulmanes est nul. Mais ce même mariage célébré devant l'officier d'état civil français est parfaitement valable.

Supposons donc un mariage régulièrement contracté devant un officier de l'état civil français, entre Primus, indigène musulman et Secunda, Européenne. En faisant intervenir les principes se rattachant à la matière des successions en droit musulman, nous allons montrer qu'incontestablement la conversion de Secunda à l'islamisme, si nous la supposons par hypothèse non musulmane, va permettre la naissance de gros effets juridiques.

D'un pareil mariage, s'il naît des enfants, ces enfants, étant donné la qualité du père, seront indigènes. Ils n'auront pas le droit d'opter pour la qualité ou la nationalité de la mère (1). Ces enfants pratiqueront fort vraisemblablement la religion musulmane. Nous nous trouvons alors en présence d'enfants musulmans qui ne pourront hériter de leur mère si — ce qui est très vraisemblable — elle ne professe pas la religion musulmane. En effet, un principe de droit musulman enseigné par tous les docteurs (2) veut que le mécréant ne puisse pas hériter du musulman, de même que le musulman ne peut laisser sa succession à un mécréant. « La différence de religion est une cause d'exclusion », dit Khalil (Traduction Sei-

1. Ce principe est presque incontesté; Cf. la note très longue de M. Lainé dans un arrêt du 13 février 1908 de la cour d'Alger. *R. A.*, 1904, 2.141.

2. C'est un principe enseigné non seulement par Khalil, mais encore par Ebn-Acem, Charani, En-Navawi, Ibn Qasim, Alghazzi, etc...

gnette, art. 2251). Mais, si Secunda au cours de son mariage se convertit à l'islamisme, le droit musulman n'interdira plus aux enfants de se déclarer héritiers à la mort de leur mère. La succession s'ouvrira le plus normalement du monde. La conséquence de la conversion, ce sera ici l'ouverture de la succession.

Voilà, pensons-nous, un effet juridique incontestable découlant de la conversion d'une Européenne à l'islamisme.

Il semble que le même effet, par application des mêmes principes, se produira si nous envisageons non plus les rapports de Secunda avec ses enfants, mais les rapports de Secunda avec son mari.

En effet, le droit musulman confère un huitième de la succession du mari à la femme survivante (1); or, si Secunda est chrétienne, elle ne pourra rien hériter de Primus, le *de cujus*, dont la loi n'admet point de dévolution successorale à une mécréante.

Mais supposons qu'au cours du mariage, Secunda se convertisse à l'islamisme; par une application très sûre des principes, nous dirons que Secunda a toujours conservé sa nationalité première avec toutes les conséquences qui en découlent; qu'elle n'est pas devenue indigène musulmane par le fait de sa con-

1. Cf. Sautayra et Cherbonneau, *Droit musulman, Du statut personnel et des successions*, tome 2, page 100, n° 599.

version. Cependant, nous n'irons pas jusqu'à dire que cette conversion n'aura aucun effet juridique : Par le fait de sa conversion, la femme devenue musulmane se trouvera pouvoir hériter de son mari (1).

1. Ce n'est que sous des réserves inhérentes au jeu des principes de droit musulman, que nous formulons la solution dans ce cas.

Dans cette hypothèse, nous avons un mariage valable selon la loi française; mais y a-t-il un mariage valable d'après la loi musulmane? c'est une question qui a peut-être son importance.

En effet, il faut dire qu'il n'y aura dévolution successorale des biens entre mari et femme, ou femme et mari que *s'il y a mariage aux yeux de la loi musulmane*. Écoutons M. Luciani : « Pour que le mariage confère la qualité d'héritier, il doit être contracté régulièrement et valablement. Contracté régulièrement, c'est-à-dire que les relations sexuelles d'un homme avec son esclave ou avec une femme substituée par erreur à celle qu'il a épousée, bien que l'enfant né de ces relations ait en droit musulman la qualité d'enfant légitime, ne donnent pas naissance au droit d'héritage.

Valablement, le mariage qui, pour une cause quelconque, est entaché de nullité ne confère pas aux époux la qualité d'héritier... » (Cf., *Traité des successions musulmanes*, page 44.)

La question qui se pose est donc celle de savoir si le mariage célébré selon les formes françaises vaut aux yeux de la loi musulmane. Nous n'avons ni la compétence voulue, ni les loisirs suffisants pour trancher la question. Nous la signalons seulement; nous croyons qu'elle le mérite.

Nous ajoutons qu'un passage du livre de M. Clavel déjà cité nous donne des doutes très forts en ce qui concerne l'efficacité du mariage célébré selon les lois françaises, pour le point qui nous touche. « Si le chrétien ou le juif, époux d'une femme de sa religion, se convertit seul, le mariage reste valable alors même que la femme conserverait sa croyance, en vertu de la tolérance qui permet à un musulman

Nous pourrions multiplier les exemples ; construire d'autres hypothèses ; nous le jugeons inutile. Nous pensons avoir suffisamment montré dans les cas envisagés que l'application normale des règles de la

d'avoir pour épouses des femmes dont la croyance est basée sur les livres saints. Les malékites considèrent toutefois le nouvel état des époux comme une union de fait et lui refusent les effets de l'union légale. « L'infidèle qui embrassera l'islamisme sera laissé avec sa femme non musulmane *mais aux yeux de la loi leur mariage sera nul.* » (Texte de Sidi-Khalil.) Il s'en suit que non seulement la femme ne vient pas à la succession du mari — exclusion prononcée également par les autres rites — mais encore qu'elle perd son droit à la dot et à l'entretien. » (Cf. *op. cit.*, t. I, p. 93, n° 122.) Il semble résulter de là que d'après le rite malékite, le mariage célébré autrement que dans les formes musulmanes est nul aux yeux de la loi musulmane.

En tout cas, une chose est certaine : la même hypothèse que celle que nous avons examinée donne sans aucune hésitation ouverture aux effets que nous avons signalés, si au lieu de supposer le mariage célébré devant l'officier de l'état civil français, nous le supposons célébré devant le cadi ou d'une manière plus générale, selon la loi musulmane.

Si nous considérons Primus, indigène musulman, marié à Secunda, Européenne selon le rite musulman, et que la nullité et la bonne foi n'aient été découvertes qu'après la mort de Primus, ce mariage devra produire en vertu des principes de la putativité, *tous les effets qu'il aurait produit s'il avait été complètement valable.* Notamment Secunda pourra demander à recueillir le huitième de la succession de Primus qui lui revient. Mais précisément Secunda ne le pourra que si elle est musulmane, musulmane convertie par exemple. *Il est manifeste en l'occurrence, que la conversion à l'islamisme pourra produire des effets de droit !*

N. B. — L'hypothèse que nous venons de construire n'est pas pure-

législation algérienne conduit à décider que la religion professée par un Européen en Algérie est un facteur dont on a quelquefois à tenir compte dans la résolution des problèmes juridiques qui se posent.

Conclusion : Nous concluons sur toute notre première partie en repoussant toute tendance à vouloir assimiler la conversion d'un Européen à l'islamisme à une naturalisation totale ou partielle. Dire qu'un Européen qui embrasse l'islamisme en Algérie perd sa nationalité, ou sa législation civile c'est méconnaître toutes les règles du Code civil relatives à la perte et à l'acquisition de la nationalité française ; c'est méconnaître aussi, et surtout, l'esprit de la législation algérienne qui n'a jamais consenti à déroger au principe de l'indépendance du Droit et de la Religion que dans une mesure très restreinte, strictement déterminée. Nous avons dit, nous maintenons, nous répétons même, que la loi musulmane n'a été laissée que comme une faveur, une faculté à ceux des musulmans qui sont devenus Français par l'annexion.

L'histoire proteste contre une conception différente ; les textes aussi ; ce n'est jamais qu'à l'*indigène musulman* que le sénatus-consulte du 14 juillet

ment théorique ; nous l'avons empruntée à la pratique. Cf., Alger, 14 avril 1874, dans Sautayra et Cherbonneau, *op. cit.*, t. I, pp. 126, 127, 128, 129.

1865 a laissé l'application du droit musulman. Et si le décret du 17 avril 1889 dans son article premier pose une formule plus large, c'est, précisément, qu'il est venu corriger le sénatus-consulte ; corriger les données de l'histoire en assimilant les étrangers originaires des pays islamiques, aux indigènes, au point de vue de leur droit civil. La correction du 17 avril 1889 est la preuve formelle de l'exactitude de ce que nous avons avancé...

Mais nous ne pensons pas que la conversion d'un Européen à l'islamisme en Algérie reste un pur phénomène religieux ne pouvant en aucune manière influencer la capacité juridique du dit Européen. Si nous le pensions, nous commettrions une erreur : nous avons en effet essayé de prouver que l'adoption de la religion musulmane par un Européen, produit des effets juridiques.

Sans doute, ces effets n'apparaissent pas au grand jour ; il faut aller au-devant d'eux pour les découvrir ; mais ils n'en existent pas moins. Ils sont, pensons-nous, aussi incontestables que ceux dont nous allons nous occuper maintenant, dans notre deuxième partie.

N. B. — Nous avons systématiquement laissé de côté dans cette partie de notre travail tout ce qui a trait aux droits politiques et au droit pénal. Il est de toute évidence que les droits politiques et le droit pénal régissant un individu ne sauraient varier par suite d'une conversion. Cela n'a d'ailleurs jamais été mis en doute et nous nous sommes seulement attardé à examiner quelle pouvait être l'influence d'une conversion à l'islamisme, en ce qui concerne la législation civile qui est la seule partie du droit ayant en Algérie certains liens avec la religion.

DEUXIÈME PARTIE

UN INDIVIDU DONT TOUT OU PARTIE DE LA
LÉGISLATION EST LA LOI RELIGIEUSE, ABJURE
SA RELIGION

Nous venons d'envisager le cas d'un Européen (au sens un peu spécial que nous avons donné au mot), qui se convertit à l'islamisme.

A cet Européen, nous opposons la population algérienne dont la religion est dans une certaine mesure la loi, c'est-à-dire les indigènes musulmans et indigènes juifs (puisque en pratique, il y a encore des indigènes juifs) et les étrangers originaires des pays islamiques (Maroc, Tunisie, etc...) qu'ils soient musulmans ou juifs.

CHAPITRE PREMIER

Un indigène musulman abjure sa religion

SECTION I

Il se convertit au christianisme.

Nous supposons un indigène musulman qui se convertit au christianisme. Cette conversion ne saurait être fréquente ; l'attachement que professe le musulman pour sa religion est trop connu pour que nous y insistions ; rien n'est plus exact.

La conversion d'un indigène musulman n'est pourtant pas une impossibilité absolue.

Il se produit des conversions individuelles dues à la propagande de missionnaires protestants ou à l'œuvre commencée par Mgr Lavigerie et continuée par les Pères Blancs. En dehors de ces conversions individuelles, nous connaissons des conversions collectives (1).

1. M. Milliot estime le nombre global de ces convertis à 2.000 environ. Cf. *La femme musulmane au Maghreb*, (thèse) 1910, à la page 286.

Dans la commune mixte du Djurdjura, un groupe de Kabyles, les Beni-Ouadias, a été converti par les Pères Blancs.

A côté et surtout, nous citons ce qu'on appelle souvent « les enfants du cardinal Lavigerie » (1). Ce sont des orphelins, recueillis et élevés à la suite de la famine de 1867 par le cardinal Lavigerie qui les a mariés entre eux et a doté chaque famille ainsi constituée d'environ vingt hectares de terre. De nombreux enfants aujourd'hui d'âges divers, dont la plupart adultes et mariés à leur tour sont issus de ces unions primitives.

Ces indigènes, catholiques, séparés de leur milieu

1. « En 1867, une famine suivie de peste ravagea l'Algérie qui perdit en quelques mois le cinquième de sa population.

« A ce moment l'archevêque d'Alger, Mgr Lavigerie, recueillit 1.800 enfants des deux sexes orphelins ou abandonnés par leurs parents.

« Sur ce nombre, un millier lui resta, les autres moururent des privations subies ou durent être rendus à leurs parents. L'archevêque baptisa les orphelins... Il fonda la Société des Missionnaires d'Alger, les Pères Blancs, et le scolasticat des Sœurs de la mission, les Sœurs Blanches... Ayant pris contact avec les Musulmans, Pères et Sœurs pourraient se consacrer entièrement, rapprocher les Musulmans du Christianisme...

« Le Gouvernement s'émut... l'archevêque demanda et obtint de garder les orphelins... En 1872 et 1873 les plus âgés d'entre eux étaient unis chrétiennement et quarante ménages... formaient dans la plaine du Chéliff entre Orléansville et Miliana, les deux villages de Saint-Cyprien et de Sainte-Monique. » (Louis Milliot, *op. cit.*, pages 284 et 285.)

ancestral, sont presque tous cantonnés dans deux villages formant sections de la commune de plein exercice des Attafs : Saint-Cyprien et Sainte-Monique (arrondissement d'Orléansville). Leur nombre y est actuellement de 325 environ, parmi lesquels 259 environ ont demandé et obtenu la naturalisation française. Restent 66 environ ayant conservé la qualité de simples sujets français (généralement dans le but de se soustraire au service militaire) (1).

Donc, il y a en Algérie des indigènes musulmans, christianisés. Quelle va être leur situation juridique ? en d'autres termes quel va être l'effet juridique de leur abjuration ?

Nous rappelons que deux tendances ont caractérisé dès le début et caractérisent encore la législation applicable à l'indigène musulman.

D'un côté, c'est par faveur que l'on *permet* à l'indigène musulman de recourir à une loi exceptionnelle ; d'un autre côté, c'est par une sorte de défa-

1. a) Les chiffres que nous donnons étaient rigoureusement exacts à la date du 26 juin 1909. Nous le devons à la très grande obligeance de M. le sous-préfet Billiard, d'Orléansville. Nous tenons à l'en remercier.

b) Lorsque nous aurons à nous demander quelle est la pratique administrative ou judiciaire suivie, en Algérie, à l'égard des indigènes musulmans convertis au christianisme nous nous référerons toujours à la pratique observée pour les habitants catholiques de Saint-Cyprien et de Sainte-Monique.

veur qu'on lui *impose* un régime exceptionnel. (Cf. introd., pp. 32, 33, 34.)

La faveur tient à sa qualité de musulman ; la défaveur à sa qualité d'indigène. La clef du problème que nous posons, se trouve, pour nous, dans cette distinction.

Nous allons en user, dans les quatre paragraphes qui composeront notre section et où nous examinerons successivement quel changement la conversion est susceptible d'opérer en ce qui concerne les droits (et obligations) politiques, le droit civil et le droit pénal applicables à l'indigène musulman, ainsi que les juridictions dont il est justiciable.

§ 1. — Droits politiques

L'indigène musulman a une situation politique, sensiblement différente de celle du citoyen ; on l'oppose quelquefois au citoyen en disant qu'il n'est qu'un *sujet français*.

Il a bien, en effet, des droits politiques, mais des droits politiques assez restreints. Il a des obligations politiques, mais des obligations politiques tantôt plus lourdes, tantôt plus légères que celles du citoyen.

Les droits politiques, dans toute leur étendue, ne peuvent appartenir qu'au citoyen ; il n'y a que les citoyens qui peuvent se prévaloir de toutes les règles

relatives à l'électorat et à l'éligibilité, à l'admission aux fonctions publiques; l'indigène ne peut être électeur ou éligible que dans certaines conditions spéciales... De même, tandis que le citoyen est soumis à l'obligation du service militaire, le simple sujet y échappe; de même encore ce dernier n'est pas soumis aux mêmes impôts que le citoyen, etc., etc...

Or, est-ce que la conversion au christianisme va changer cette situation de l'indigène?

Il nous semble incontestable que l'indigène après sa conversion continuera à jouir des mêmes droits politiques. Les mêmes règles relatives à l'électorat, à l'éligibilité, à l'admission aux fonctions publiques doivent s'appliquer au converti.

Sans doute les textes ne nous fournissent aucun argument; c'est ainsi, en ce qui touche les conseils municipaux, que l'article premier du décret du 7 avril 1884 (1) ne mentionne que les conseillers élus par les indigènes *musulmans*; que l'article 2 visant les conditions de l'électorat ne parle que d'indigènes *musulmans* et que l'article 3, envisageant la question de l'éligibilité, ne mentionne comme capables de siéger au conseil municipal que les citoyens français et les indigènes *musulmans* remplissant certaines conditions. De même pour le conseil général le décret du 24 septembre 1908 (2) articles 4 et 5 parle

1. Estoublon et Lefébure, p. 630.

2. Estoublon et Lefébure, p. 138 du supplément, année 1908.

uniquement de conseillers français et de conseillers *musulmans*. De même encore il est dit que la troisième délégation parmi les délégations financières, représente les indigènes *musulmans* (1). Enfin, les textes prévoient que l'indigène *musulman* peut être appelé à servir dans les armées de terre et de mer et qu'il peut être appelé à des fonctions ou emplois civils en Algérie.

La présence du mot *musulman* dans tous ces textes ne saurait tirer à conséquence. Le législateur a pensé au musulman ; il n'a pas pensé à des indigènes ayant une autre religion... mais de cette omission on ne peut raisonnablement conclure à l'exclusion de l'indigène christianisé, des règles concernant l'attribution des droits politiques. Il est manifestement abusif de refuser à l'indigène devenu catholique, les droits conférés à l'indigène musulman. Il n'y a à cela aucune bonne raison ; il y a au contraire une raison décisive militant contre une pareille conception.

La législation politique appliquée à l'indigène musulman n'est pas liée à sa qualité de musulman, mais à sa qualité d'indigène. C'est parce qu'il est indigène et plus ou moins dangereux pour notre domination en tant qu'indigène que des dispositions spéciales le régissent quant à sa vie politique (Cf. pp. 31 et 32, introd.) ; sa qualité de musulman n'y est pour rien,

1. Cf. D., 23 août 1898.

l'idée de tolérance religieuse n'a que faire ici... En sorte qu'un indigène christianisé est encore un indigène, et l'on conçoit le plus naturellement du monde qu'une législation régissant des *indigènes* le régisse tout comme les autres. D'ailleurs, s'il n'en était pas ainsi, si le converti, sous prétexte que les textes ne parlent que de *musulmans*, devait échapper à la législation politique qui le régissait jusqu'au jour de son abjuration, quelle situation faudrait-il lui faire désormais ? Faudrait-il dire que n'ayant plus les droits politiques conférés à l'indigène musulman il n'en aurait plus aucun dès lors ? C'est manifestement impossible. Ce serait attacher une valeur juridique singulièrement forte, à une religion, que le législateur ne prend en considération que pour la législation civile d'une manière restreinte (Cf. pp. 36 et 37, introd.).

Faudrait-il dire alors que le converti n'ayant plus les droits politiques conférés exceptionnellement à l'indigène musulman, ferait retour au droit commun et aurait les mêmes droits politiques que le citoyen ?

Cela n'est pas possible. Il n'est pas permis à un indigène musulman d'échapper à un régime qu'on *lui a imposé*, et dont il ne peut se délivrer que par un moyen, le *seul prévu* par le législateur, le seul offrant des garanties pour la métropole, la naturalisation.

Nous estimons donc que la conversion d'un indigène musulman au christianisme ne saurait aucunement influencer ses droits politiques.

Le plus raisonnablement du monde, la pratique administrative s'est déclarée en ce sens : les indigènes catholiques de Saint-Cyprien et de Sainte-Monique sont inscrits sur les listes électorales (1).

Que devons-nous dire maintenant des obligations politiques qui incombent à cet indigène ? M. Larcher (2) affirme que la conversion ne saurait ici non plus produire d'effets : le nouvel adepte des idées chrétiennes, étant resté indigène continuera à n'être pas soumis au service militaire, et continuera à échapper aux impôts français pour être soumis aux impôts arabes.

On ne saurait contester la première partie de l'affirmation. Tout indigène est exempt du service militaire qui est en quelque sorte le corollaire du droit de cité ; l'indigène, catholique ou protestant, ne peut obéir à un principe différent.

Mais est-ce qu'il ne serait pas possible de contester le deuxième membre de l'affirmation ; est-ce qu'on ne pourrait pas considérer que l'indigène soumis aux impôts arabes ne devrait pas continuer à y être soumis après sa conversion ?

Nous lisons en effet sous la plume de M. Larcher lui-même : «... Les impôts arabes à raison de leur

1. M. Larcher approuve lui aussi cette pratique. Cf. Des effets juridiques du changement de religion en Algérie, dans le *Journal du droit international privé*, 1908, page 389.

2. Cf. *op. cit.*, eod. loc.

caractère religieux ne peuvent être dus que par les musulmans (1). » Laquelle des deux opinions faut-il retenir ? Celle de 1904 ou celle de 1908 ? La deuxième est-elle un lapsus ou témoigne-t-elle d'un revirement chez l'auteur ?

Nous ne pensons pas qu'elle soit un lapsus ; elle indique à notre avis un changement d'idées, car l'auteur a reproduit intégralement la solution qu'il donnait dans sa monographie de 1908, lors d'une deuxième publication toute récente (2) de la même monographie ; l'indigène, catholique, ne doit pas échapper aux impôts arabes « *qui, par leur origine comme par leur but, pèsent sur les populations indigènes* ».

Nous nous rangeons entièrement à cette solution en regrettant peut-être que l'auteur n'en ait pas développé les motifs plus longuement.

Sans doute, comme le faisait remarquer M. Larcher en 1904 : « Le système des impôts arabes fait partie intégrante des règles dérivées du Coran qui constituent le droit musulman (3) ». Il est incontestable autant qu'incontesté que les impôts perçus dans les sociétés musulmanes sont, par leur origine, étroitement apparentés à la religion. « La charité, dit

1. Cf. note sous un arrêt du Conseil d'État du 29 juillet 1901, dans R. A. 1904.2.197.

2. Cf. R. A., 1-10.1.

3. Cf. notes sous arrêt du Conseil d'État du 29 juillet 1901, dans R. A., 1904.2.197.

M. Houdas, fait partie du groupe des cinq prescriptions fondamentales de l'islamisme. Elle se pratique, soit à l'aide d'un impôt fixé par la loi qui porte le nom de dîme soit à l'aide de dons volontaires... La dîme porte en arabe le nom de zekkat, mot qui signifie purification. C'est une véritable taxe prélevée sur les riches et dont le montant doit être distribué aux pauvres ou appliqué à certaines bonnes œuvres. L'établissement de la dîme fut favorable à la propagation de l'islamisme (1)... »

C'est dans le même sens exactement que le Dr Peron écrit : « Les zekkats ou *prélèvements* correspondent à la taxe des pauvres en Angleterre. Ce sont, au point de vue musulman, des prélèvements purificateurs, des impositions ordonnées rigoureusement par la religion, fixées en proportions déterminées relativement à la nature et à la quantité des objets possédés. Le mot zekkat est le terme général, le mot achour, o'chr, dîme, ne se dit que des prélèvements par dixièmes ou demi-dixièmes pris sur les produits du sol.

Le zekkat, la prière, le jeûne et le pèlerinage sont les quatre grandes obligations fondamentales de l'islamisme (2). »

1. Houdas, *L'Islamisme*, 1904, page 145.

2. Cf. Khalil. *Traité de jurisprudence musulmane*, traduit par Peron, t. 1, page 558.

Cf. par ailleurs dans le même sens, Pouyanne, *La propriété foncière en Algérie*, page 35.

Mais si la notion de l'impôt dans les sociétés musulmanes a une origine religieuse ; si aux premiers jours de sa perception l'impôt a été une forme de l'aumône, de la charité religieuse, cette conception, avec le temps, n'a pas conservé sa pureté première. C'est ainsi que de très bonne heure les populations musulmanes ont connu une forme d'impôt qui n'avait guère de rapport avec le zekkat : un impôt pesant sur les infidèles vaincus. Et c'est ainsi, surtout, qu'à l'époque où la France entreprit la conquête de l'Algérie, les impôts dits zekkats, sous des formes variées, pesaient indistinctement sur toutes les populations soumises à la domination turque *quelle que fût leur race ou leur croyance*.

Les Juifs acquittaient les zekkats, et il est à peu près certain que si des chrétiens avaient été sujets turcs, ils en auraient fait autant. Nous voilà bien loin de la notion purement religieuse ! A la veille de l'occupation française l'Algérie était soumise à un système d'impôts, *qui en fait étaient des impôts purs et simples pesant sur toutes les populations algériennes sans distinction de religion*.

Or, c'est précisément le système d'impôts turcs que l'administration française a maintenu au lendemain de la conquête. Et elle l'a maintenu non pas pour des raisons de tolérance religieuse, non pas par considération pour la religion musulmane, mais pour des *raisons politiques, pour des raisons pratiques*. Il fal-

lait imposer les indigènes ; mais la pacification du pays était loin d'être assurée. Et comme l'Arabe est routinier par excellence, à changer ses habitudes on risquait de le froisser gravement, même si l'impôt nouveau était moins lourd que l'ancien. On a donc conservé l'état de choses ancien, qui pesait sur *les populations indigènes*, et on l'a fait sans aucune considération religieuse. Ces paroles de Burdeau jettent un éclat particulier sur la question : « La répartition des impôts arabes comporte sans doute de graves irrégularités, mais qui ont pour *la plupart une origine historique* ; les populations indigènes qui supportent avec patience, même quand il est lourd, un fardeau auquel elles sont traditionnellement accoutumées, accueillent avec défiance toute modification, fût-elle légère et justifiée... il ne faut donc toucher aux contributions arabes que *d'une main prudente*... (1) ».

On a donc maintenu le système d'impôts en face duquel on s'est trouvé, pour des raisons qui n'ont rien à voir avec la religion musulmane.

Bien mieux, ce système d'impôts qui était déjà si peu religieux qu'il pesait sur des Juifs l'est devenu encore moins, si possible, sous la domination française. Comme le dit M. Larcher (2) nous avons « ré-

1. Cf. Burdeau, *Rapport sur la loi du 20 juillet 1891*, dans Estoublon et Lefébure, page 919.

2. Cf. *Traité élémentaire de législation algérienne*, t. I, page 323.

gularisé à notre profit les impôts existants » ; et en les régularisant à notre profit, en nous les appropriant, nous les avons forcément adaptés à notre système administratif. Nous les avons francisés. C'est ainsi que les impôts, zekkats, qui, originairement étaient des *prélèvements* purificateurs, prélèvements faits en nature ont été tout naturellement fixés en numéraire ; c'est ainsi que les indigènes musulmans paient des centimes additionnels, etc...

Ces zekkats ont perdu leur physionomie première d'actes de charité ; ils sont de véritables impôts, des *impôts français* qui n'ont de la religion musulmane que le nom.

Et à côté des zekkats, on a conservé d'autres impôts qui n'ont même pas été à l'origine un acte religieux, qui ont une origine toute différente, et que l'on a maintenus pour les mêmes nécessités pratiques. On s'est trouvé en face d'un système organisé ; à se l'approprier on ne mécontentait personne.

Ainsi, nous citerons un impôt perçu dans la Kabylie, sous le nom de « lezma », qui est tantôt un impôt de capitation perçu en Grande-Kabylie, tantôt un impôt de quotité et de répartition perçu en Petite-Kabylie, tantôt un impôt perçu sous forme d'une somme fixe et payé annuellement par certaines tribus (1).

1. Donnons quelques notions rapides sur les impôts indigènes en Algérie.

Larcher, *Traité élémentaire de législation algérienne*, t. 1, n° 229

La vérité est qu'il y a un système d'impôts indigènes en Algérie, institué non par faveur pour ces indigènes, par esprit de tolérance religieuse, mais

« Actuellement on perçoit 4 ou plus exactement 7 impôts arabes car sous le même nom de *lezma* existent plusieurs impôts profondément différents. Deux contributions ont un caractère général : l'achour et le zekkat ; ils sont établis suivant des règles sensiblement uniformes sur tout le territoire de l'Algérie. Les autres, le hockor, la lezma de la Grande-Kabylie, la lezma des feux, la lezma des palmiers, la lezma fixe sont propres à certaines régions déterminées...

« N° 230. — 1° L'achour dont le nom... vient de *achra* (dix) représente en principe le dixième de la récolte.

« N° 231. — 2° Le zekkat est un impôt de même nature sur les troupeaux et les bêtes de somme. Lors de la conquête, il était perçu en nature comme l'achour. Depuis l'ordonnance du 17 janvier 1845, c'est un impôt en argent, fixé suivant le tarif annuellement arrêté par le gouverneur général...

« N° 232. — 3° Le hockor n'existe que dans le département de Constantine. Il est dans son origine moins un impôt véritable qu'un loyer dû à l'État ; il représente le loyer des terres dites *arch* sur lesquelles le détenteur n'a qu'un droit de jouissance..

« N° 233. — 4° La lezma de la Grande-Kabylie est un impôt de capitation qui remplace l'achour et le zekkat...

« N° 234. — 5° Dans une partie de la Petite-Kabylie cet impôt prend la forme de la lezma des feux. C'est à la fois un impôt de quotité et de répartition.,

« N° 235. — 6° La même lezma prend encore une autre forme, celle de la lezma fixe. La tribu est assujettie annuellement au paiement d'une somme fixe.

« N° 236. — 7° La lezma des palmiers a un tout autre caractère que les lezma précédentes ; elle se rapproche par sa nature de l'achour du zekkat. C'est une redevance par palmier, dont le montant varie de vingt-cinq à cinquante centimes suivant les régions. »

dans l'intérêt pur et simple du conquérant. Il faut bien le dire, les impôts indigènes sont très productifs... et pour un impôt, la productivité est une grande qualité !

Pour nous résumer, nous estimons que les impôts dit « arabes » pèsent réellement *sur tous les indigènes*. Si dans la nuit des temps, on peut trouver à certains d'entre eux un point de départ religieux, il faut dire sans hésiter qu'ils n'ont jamais eu depuis la domination française qu'un caractère d'impôts purs et simples, que le caractère de charges pesant sur toutes les populations indigènes, juive ou musulmane.

Et c'est une charge à laquelle les indigènes ne peuvent se soustraire ; ils ne peuvent y renoncer pour demander à acquitter les impôts français.

Notamment, pour les indigènes musulmans, le paiement de ces impôts n'est pas une *faculté* comme l'application de la loi musulmane, c'est une obligation à laquelle ils sont assujettis et à laquelle il leur a été implicitement fait *défense* d'échapper.

Et tous ces développements nous amènent tout naturellement à approuver pleinement la solution que donne M. Larcher lorsqu'il estime que la conversion d'un indigène musulman au christianisme lui laissera les mêmes obligations politiques, notamment les mêmes impôts, « qui par leur origine comme par leur but pèsent sur les populations indigènes ».

Il est absolument impossible qu'un individu puisse par sa seule volonté échapper à une charge légale.

Nous avons par ailleurs l'intime conviction que si le conseil d'État était appelé à statuer sur la question il le ferait dans le sens que nous indiquons.

En effet, par une jurisprudence des plus constantes, et qui est en accord le plus parfait avec les explications que nous avons données, le Conseil d'État admet que les *Juifs indigènes* sont soumis aux impôts indigènes, même à ceux qui portent encore le nom de zekkat (1).

Nous en avons ainsi fini avec les droits et obligations politiques. Notre conclusion sur ce premier paragraphe est très catégorique : Rien dans les droits ou obligations politiques de l'indigène musulman ne se trouve changé par la conversion au christianisme.

§ 2. — Droits civils.

Mais est-ce que la même conversion ne va pas apporter un changement dans la législation civile de l'indigène musulman ?

Rappelons les quelques notions directrices de la législation civile de l'indigène musulman.

Cet indigène dont la loi française est la loi nor-

1. 23 janvier 1863, J. A., 1863, 1 ; 13 août 1863, J. A., 1863, 27 ; 28 novembre 1879, B.J.A., 1879, 370 ; 16 novembre 1900, R. A., 1903. 2.168 ; 29 juillet 1901, R. A., 1904.2.197.

male (1) reste cependant soumis à la loi islamique dans une mesure qui varie suivant qu'il se trouve en territoire civil moins la Kabylie, en Kabylie ou en territoire de commandement (Cf. introd., pp. 27 et 28).

Dans chacune de ces régions, l'indigène peut toujours abandonner la loi musulmane en optant pour la loi française ; seulement tandis qu'en vertu du décret du 17 avril 1889, il le peut en territoire civil moins la Kabylie, par une option tacite résultant de la réception d'une convention par un officier public français, la chose ne lui est pas permise en territoire de commandement et en Kabylie où les décrets du 13 décembre 1866 et du 29 août 1874 ne parlent que d'option expresse.

Ceci dit, abordons la question de savoir quelle va être l'influence d'une conversion au christianisme sur la législation civile de l'indigène musulman.

Nous estimons : 1° que cette conversion a un effet négatif qui est général, entier : L'indigène qui n'est plus, dès lors, musulman ne doit plus pouvoir continuer à invoquer les règles islamiques ; la législation française reste sa seule loi ;

1. Cf. Besson. *La législation civile de l'Algérie*, pp. 142 et 143.

Dunoyer. *Étude sur le conflit des lois spécial à l'Algérie*, pp. 7 et 41.

Larcher, Des effets juridiques du changement de religion en Algérie dans le *Journal du droit international privé*, année 1908, p. 391.

2° Que même si l'on conteste cette affirmation, on ne saurait contester à bon escient, les effets de droit très certains découlant du fonctionnement normal des principes de législation algérienne, en cas de conflit entre la loi musulmane et la loi française.

1° L'effet négatif et général, nous venons de le dire, c'est de soustraire radicalement l'indigène à la législation musulmane.

Ce n'est que parce que l'indigène est *musulman* qu'on n'exige point l'application intégrale de la législation civile française. Le désir de ne pas faire violence à des convictions intimes a certainement animé le législateur en la circonstance et à un point tel qu'on n'a pas voulu faire disparaître la loi musulmane en certaines matières, même lorsqu'elle est contraire à l'ordre public.

C'est dans une idée de tolérance que l'on a permis aux indigènes musulmans de déroger à la règle générale, la législation française, pour conserver à titre exceptionnel leur ancienne loi. Mais quand la raison d'être de l'exception disparaît, l'exception doit disparaître aussi. *L'indigène dès qu'il n'est plus musulman ne doit plus pouvoir échapper à la règle générale ; la législation civile française s'impose à lui.*

La solution que nous donnons est aussi celle que formule M. Larcher. « Il nous paraît, écrit-il, exact de dire qu'en se faisant catholique, l'indigène renonce

d'une façon générale à la loi musulmane et opte pour la loi française. Cela donne à notre question une solution simple, commode, satisfaisante, élégante même. On explique ainsi que le sujet français non musulman est désormais soumis à la loi française sinon au point de vue des droits politiques qui ne s'acquièrent que par la naturalisation, au moins au point de vue des droits civils. » Mais le raisonnement de M. Larcher est sensiblement différent du nôtre. Pour nous, *la volonté* de l'indigène converti est réduite à sa plus simple expression en ce qui concerne sa soumission intégrale à la loi civile française ; nous estimons qu'on doit *refuser* à cet indigène, de pouvoir recourir aux règles musulmanes ; dans notre conception, on doit lui *imposer* la loi française. Pour M. Larcher, au contraire, l'indigène *veut* user du droit *d'option* qui lui est permis par les décrets des 13 décembre 1866, 29 août 1874 et 17 avril 1889 ; il le *veut, tacitement*, mais il le veut.

Nous préférons notre manière de raisonner, non pas parce que nous l'avons formulée, mais parce qu'elle nous semble plus respectueuse des faits ; est-il bien vrai que l'indigène musulman qui se convertit songe à une option ?

Et puis aussi parce qu'elle échappe à une légère critique qu'on pourrait faire à M. Larcher.

Les décrets du 13 décembre 1866 et du 29 août 1874

ne mentionnent pas la possibilité d'une option *tacite*. Il en résulte que l'option dont parle M. Larcher ne se conçoit que pour un indigène musulman résidant en territoire civil (moins la Kabylie). Et même pour celui-là, il faut dire que le décret du 17 avril 1889 permet bien une option tacite, mais une option qui ne vaut que pour l'acte à raison duquel elle est intervenue et qui ne saurait jamais avoir une portée générale. L'option, en effet, qu'elle soit tacite ou expresse, ne vaut jamais que pour l'acte juridique qui l'a suscitée (1). N'est-il pas difficile dès lors, de voir dans une conversion une option générale, d'autant plus difficile que le décret du 17 avril 1889 (art. 3) assigne à l'option tacite une forme déterminée (2)?

Mais ne serait-il pas possible de critiquer notre solution? Ne pourrait-on faire remarquer que la conclusion à laquelle nous aboutissons va faire perdre à la naturalisation une grande partie de son utilité? Ne pourrait-on faire remarquer qu'il va y avoir un danger manifeste et même une impossibilité juridique à appliquer notre système? La naturalisation n'a lieu

1. M. Larcher prévoit lui-même l'objection, Cf. *Des effets juridiques du changement de religion en Algérie*, dans le *Journal du droit international privé*, année 1903, page 390.

2. Cf. Larcher. *Traité élémentaire de législation algérienne*, t. 2, page 98.

Cf. aussi Alger, 11 mars 1897, R. A., 1897.2.342.

qu'à certaines conditions déterminées, conditions de forme et de fond qui sont une garantie sérieuse pour la population française ; où donc trouver cette garantie dans la conversion ?

Une pareille objection serait spécieuse ; elle ne serait pas décisive.

Quelles conséquences juridiques venons-nous, en effet, d'attacher à la conversion d'un indigène musulman, au christianisme ? Nous avons simplement conclu à la suppression pour cet indigène, de la faculté de recourir à une loi qu'on ne lui a laissée qu'à raison de sa religion. Mais nous n'avons nullement conclu à une modification de la situation politique et pénale du converti.

Or, c'est précisément en ce qui concerne l'intrusion de cet indigène dans notre système politique et pénal que des garanties sont avant tout nécessaires ; ces garanties, la naturalisation continuera à nous les fournir (1).

D'ailleurs, les textes viennent à notre secours. Ceux qui permettent l'application de la loi musulmane ne la permettent que pour les *musulmans*. Ainsi, l'article 1^{er} du décret du 17 avril 1889 dispose : « Les *musulmans*

1. Nous avons déjà montré comment la situation politique d'un indigène musulman ne pouvait en aucune façon être modifiée par sa conversion au christianisme. Nous montrerons ultérieurement dans notre paragraphe 3 comment cette même conversion n'influence en rien la législation pénale du même indigène.

résidant en Algérie non admis à la jouissance des droits de citoyens français continuent à être régis par leurs droits et coutumes, etc... »

Le décret du 13 décembre 1866 relatif aux territoires de commandement est dans le même sens : « La loi musulmane régit toutes les conventions et toutes les contestations civiles entre indigènes et entre ceux-ci et les *musulmans* étrangers ainsi que les questions d'état. » (Cf. art. 1^{er}.)

Quant à l'application de la loi musulmane en Kabylie, le décret du 29 août 1874 qui la réglemente fait allusion aux *différents rites religieux* musulmans ; le doute n'est guère possible ; comment pourrait-on y soumettre des non musulmans ?

L'esprit de la législation algérienne, sans être aucunement contredit par les textes, nous conduit donc à écarter l'application de la loi musulmane dans l'hypothèse d'un indigène musulman qui se convertit au christianisme.

Mais il faut aller plus loin ; il y a une raison péremptoire d'écarter ici l'application de la loi musulmane. *L'essence même de la législation musulmane le commande ainsi.*

En effet, nous n'avons pas le droit d'appliquer la loi islamique dans des cas où il est interdit par cette loi elle-même de l'appliquer. Or, cette loi, loi théocratique, loi religieuse, ne s'applique manifestement qu'à des musulmans. La loi musulmane n'a été faite

que pour la société musulmane. Mais, « la société musulmane est une société religieuse. Dans la conception islamique, l'État est une théocratie dont Dieu est le chef, et les lois sont ses ordres immédiats. » (Louis Milliot, *op. cit.*, p. 22.)

Tout individu qui abjure la foi musulmane ne fait donc plus partie de cette société religieuse, ne peut plus invoquer la loi musulmane.

Par conséquent, il est absolument impossible juridiquement, qu'un musulman converti au christianisme puisse se voir appliquer la loi musulmane. *La loi musulmane ne le permet pas. Appliquer la loi musulmane en pareille circonstance, ce serait la violer.* Tout juge qui continuerait à faire application des règles coraniques à un renégat musulman, commettrait une erreur qui friserait l'illégalité.

En définitive, pour des raisons tenant à la législation algérienne et à la législation musulmane, nous pensons que la conversion au christianisme « a cet effet important d'écarter la loi musulmane et d'y substituer la loi française ».

Ainsi, pour son état et sa capacité, l'indigène musulman devenu chrétien doit être soumis à notre Code civil.

C'est pourquoi nous croyons que lorsqu'il voudra se marier il devra faire célébrer son mariage devant l'officier de l'état civil français. Et le mariage religieux ne devra pouvoir être célébré que postérieure-

ment au mariage civil. Ce qui fait que nous approuvons M. Larcher lorsqu'il critique la pratique administrative de Saint-Monique et de Saint-Cyprien : les mariages des « enfants du cardinal Lavigerie » sont paraît-il, célébrés sans tenir compte des formes du Code civil, et simplement déclarés au secrétariat de la mairie, ainsi que le sont les mariages des musulmans, dans les trois jours de la célébration (application de la loi du 23 mars 1882, art. 1, art. 2). Or, d'une part, il est manifeste pour nous, que ces unions sont nulles, par application de tout ce que nous venons de dire ; d'autre part cette pratique nous paraît dangereuse pour les prêtres qui ont béni ces unions, car « évidemment le mariage des indigènes catholiques se contracte non devant le cadi, mais devant un prêtre. Or, les articles 199 et 200 du Code pénal érigent en délit et même, au cas de deuxième récidive, en crime, le fait par le ministre d'un culte de procéder aux cérémonies religieuses d'un mariage sans qu'il lui ait été justifié d'un acte de mariage préalablement reçu par les officiers de l'état civil (1) ».

De même, il ne pourra plus être question pour lui de droit de djebr, de polygamie, de répudiation ; sa succession sera régie par les règles françaises, etc...

1. Cf. *Des effets juridiques du changement de religion en Algérie* dans le *Journal du droit international privé*, année 1908 page 392, à la note 1.

Telle est donc la formule que nous donnons : La conversion de l'indigène musulman au christianisme aura un effet juridique très général ; elle entraînera pour lui, l'application du droit civil français.

Mais ici, une remarque s'impose. Le droit musulman, comme toutes les législations, ne permet l'exercice des droits dont jouit un individu que si cet individu n'est pas frappé de certaines incapacités de fait, notamment s'il n'est pas en état de minorité (1).

Or, dans le cas qui nous préoccupe, nous sommes amené par la force des choses, puisque d'après nous la conversion entraîne un effet juridique très général, à dire que l'indigène musulman mineur ne pourra

1. Le droit musulman connaît deux majorités. L'une est relative aux actes concernant la personne, l'autre aux actes concernant les biens. D'une manière générale, on peut dire que la majorité relative à la personne est fixée à la puberté ; celle relative aux biens s'acquiert par l'émancipation.

Sautayra et Cherbonneau, *op. cit.*, t. I, n° 499 : « Il y a en droit musulman deux majorités correspondant : l'une à l'administration de la personne, l'autre à l'administration des biens... »

N° 500 : « Le Koran n'indique pas l'âge auquel l'une et l'autre sera acquise ni les signes auxquels on les reconnaitra... »

N° 502 : « Les traditions indiquent clairement que dans la pensée des fondateurs de la loi musulmane, la majorité s'acquiert par la puberté... »

N° 505 : « Quant à la seconde majorité, celle qui permet au mineur de disposer de ses biens, elle n'est acquise pour lui que par l'émancipation... »

Nous appellerons ces deux majorités, la majorité chrématique et la majorité somatique, selon qu'il s'agira de la majorité relative aux biens ou de la majorité relative à la personne.

se convertir, ou plus exactement qu'une pareille conversion restera purement religieuse, sans produire aucune conséquence juridique, à raison même de la minorité du converti. La conversion s'opérant chez un indigène musulman n'aura d'existence au point de vue du droit que si cet indigène a sa double majorité chrématique et somatique.

Naturellement, si nous supposons une conversion s'opérant non seulement du consentement de l'intéressé, moins encore de celui qui est chargé de veiller sur la personne et les biens du mineur, le vice affectant l'acte accompli se trouvera couvert, etc...

Enfin, nous posons les données d'un problème qu'il nous va falloir essayer de résoudre : Etant donné l'effet juridique de la conversion, est-ce que la conversion du père va entraîner, en ce qui concerne la mère et les enfants mineurs, l'application de la seule loi française par exclusion de la loi civile musulmane ?

La solution du problème (qui ne s'est jamais présentée en pratique) est à notre avis intimement liée à celle du problème très voisin et fort vivement débattu : la naturalisation du père de famille entraîne-t-elle la naturalisation de sa femme et de ses enfants mineurs ? La réponse à donner à cette question, doit s'appliquer, et par un argument *a pari causa*, au cas qui nous préoccupe. Le point délicat est précisément de savoir quelle est cette réponse.

Quatre solutions ont pu être proposées :

1^{re} solution. — Les enfants mineurs et la mère restent indigènes ; le père est considéré comme indigène dans ses rapports avec eux malgré la naturalisation.

2^e Solution. — Les enfants mineurs deviennent des français citoyens, la mère reste toujours indigène.

3^e Solution. — Les enfants mineurs ainsi que la mère restent indigènes ; le père est considéré comme citoyen dans ses rapports avec eux.

4^e Solution. — Les enfants mineurs et la mère suivent le sort du père.

Nous rejetons d'abord, et sans hésiter, la première solution proposée.

Ce système qui a été consacré par un arrêt de la Cour d'Alger du 5 juin 1883 (1) est absolument insoutenable. Les rapports de filiation et de paternité, etc... seraient, dans cette conception, régis par la loi musulmane, on verrait un citoyen français soumis encore en bonne partie au statut personnel musulman. En d'autres termes, à suivre cette solution on se trouverait en présence d'un citoyen en partie indigène ! Cela n'est pas possible. Pour repousser ce système, il suffit de rappeler quel a été l'esprit du sénatus-consulte du 14 juillet 1865, en citant les paroles très significatives de M. Delangle : « Si les indigènes jugent à propos de s'élever jusqu'à la qualité de citoyens, la situation change. Appelés à participer à toutes les pré-

1. Sous. civ. cass., 15 juin 1885, R. A., 1885.2.310.

rogatives qui s'attachent à ce titre, à exercer à l'occasion une certaine part de la souveraineté, ils ne peuvent être dans d'autres conditions que les citoyens français avec lesquels ils se confondent. Ce sont désormais et les mêmes droits et les mêmes devoirs... Il ne peut sur le sol de la patrie exister des citoyens ayant des droits contradictoires (1). » C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation qui a cassé l'arrêt du 5 juin 1882 rendu par la cour d'Alger (2).

Nous repoussons également la deuxième solution qui est à l'heure actuelle celle de la Cour de cassation, et qui a été également formulée par M. Audinet.

La Cour de cassation et M. Audinet, bien qu'aboutissant au même résultat, font deux raisonnements légèrement différents. Nous pensons que l'un et l'autre raisonnement sont vicieux.

La Cour de cassation par un arrêt du 26 octobre 1904 (3), a décidé que la femme du naturalisé restait étrangère à cette naturalisation, conservait sa qualité d'indigène. Par un arrêt du 30 décembre 1907 (4), elle a admis au contraire que la naturalisation d'un père de famille indigène musulman entraînait celle de ses enfants mineurs. Les deux arrêts dans la pensée de la Cour de cassation sont à coup sûr étroitement liés

1. Cf. Estoublon et Lefébure, page 305.

2. C. C., 15 juin 1885, R. A., 1885.2.310.

3. R. A., 1905.2.9.

4. Ch. civ., R. A., 1908.2.15.

l'un à l'autre. L'arrêt du 26 octobre 1904 est motivé d'une manière qui équivaut presque à l'absence de motifs; c'est une affirmation de la solution, pure et simple. Mais l'arrêt du 30 décembre 1907 indique très nettement, dans ses motifs, la doctrine de la Cour suprême : la Cour assimile l'indigène admis au droit de cité à un étranger naturalisé et considère que l'enfant mineur devient citoyen français par application de l'article 12 du Code civil. Or, l'application des dispositions de l'article 12 en ce qui touche la femme, nous mène le plus naturellement, le plus logiquement du monde à la solution du 26 octobre 1904.

Pour nous, très certainement, l'article 12 est à la base de l'arrêt du 26 octobre 1904 tout comme il est à la base de l'arrêt du 30 décembre 1907.

C'est donc sur l'article 12 du Code civil que se fonde le système de la Cour de cassation. Elle considère que « *la condition de l'indigène musulman admis à la jouissance des droits de citoyen est identique à celle de l'étranger naturalisé* ».

Il nous faut repousser cette conception qui est une erreur manifeste. L'indigène musulman ne peut être assimilé à un étranger; il est Français et quand il demande à acquérir la qualité de citoyen, ce qu'il demande, ce n'est pas l'acquisition d'une nationalité, c'est purement et simplement un augment de capacité.

L'article 12 ne peut pas lui être appliqué. D'ailleurs à quel résultat extraordinaire nous mènerait l'application de l'article 12? Il faudrait dire que les enfants mineurs d'un père admis à la qualité de citoyen deviennent eux-mêmes citoyens « à moins que dans l'année qui suivra leur majorité, ils ne déclinent cette qualité en se conformant aux dispositions de l'article 8, § 4 ». Or, comment donc ces enfants pourraient-ils se conformer aux dispositions de l'article 8, § 4? Il y a là une impossibilité absolument matérielle. Aussi bien la Cour de cassation s'est-elle gardée de parler de cette option possible... en sorte que son erreur la force à être illogique (1).

Pour toutes ces raisons, nous n'admettons pas le raisonnement de la Cour suprême.

Mais que devons-nous dire de la thèse de M. Audinet qui ne commet pas l'erreur évidente de la Cour de cassation ; qui n'assimile pas l'indigène devenu citoyen à l'étranger naturalisé, qui ne voit pas une

1. Et c'est pour cela qu'en un certain sens, nous préférons aux arrêts de la Cour de cassation un jugement du juge de paix de Fort-National du 3 février 1909, R. A., 1910.2.38, qui, ayant admis l'application de l'article 12, C. civ. aux enfants mineurs d'un indigène musulman, devenu citoyen, admet cette application jusqu'au bout et considère que les enfants en question ne deviennent citoyens qu'avec la possibilité de répudier cette qualité dans l'année qui suivra leur majorité.

Ce jugement nous paraît, dans son erreur manifeste, certainement plus logique que la Cour de cassation.

identité entre les deux situations, mais simplement une *analogie*?

Que devons-nous penser de l'application qu'il fait de l'article 12 tant à la femme qu'aux enfants mineurs, en partant de cette analogie?

La conception de M. Audinet est certainement moins choquante que celle de la cour. Écoutons-le parler : « Avec la naturalisation des étrangers le sénatus-consulte de 1865 a organisé celle des indigènes de l'Algérie. Notre loi n'a pas à s'en occuper. Et cependant elle devra *produire même en cette matière certaines conséquences indirectes*. Le sénatus-consulte n'a pas prévu les effets de cette naturalisation pour la femme et les enfants mineurs. On suit dès lors les principes généraux applicables à l'acquisition de la nationalité française; or, ces principes sont modifiés et la même analogie qui faisait considérer jusqu'à présent la naturalisation des indigènes comme individuelle nous conduit aujourd'hui à la solution contraire. Les enfants de l'indigène naturalisé encore mineurs d'après la loi musulmane qui régit leur statut personnel acquerront avec lui les droits de citoyen français... Quant à la femme.... elle devra toujours solliciter elle-même la naturalisation (1). »

1. Cf. Audinet. *La nationalité française en Algérie et Tunisie d'après la législation récente*, R. A., 1889.1.163.

Cette thèse est évidemment plus souple que celle de la Cour de cassation Elle procède d'une analogie ; ce n'est qu'autant qu'il y aura analogie entre la situation de l'indigène devenu citoyen et celle de l'étranger naturalisé que l'on pourra invoquer les principes généraux c'est-à-dire l'article 12 du Code civil. Il en résulte que M. Audinet ne verse pas dans la même erreur que la Cour ; tandis que subsiste pour les enfants de l'étranger une faculté de répudiation de la nationalité française dans l'année de leur majorité, il faut avec la thèse de M. Audinet refuser cette faculté aux indigènes qui sont sujets français et qui ne pourraient fournir les justifications exigées : il n'y a plus analogie.

Mais la souplesse de la doctrine, en est précisément, à notre avis, la condamnation. M. Audinet puise tantôt dans l'article 12, tantôt dans des principes différents pour réglementer la situation des enfants mineurs, et de la femme de l'indigène devenu citoyen (1). Pourquoi donc ? Sans aucun doute parce que l'*analogie* que l'on veut voir entre la situation de l'étranger naturalisé et celle de l'indigène admis au droit de cité, est factice. Si l'on veut dire en parlant d'*analogie* que l'étranger naturalisé et l'indigène

1. Nous faisons remarquer que dans cette doctrine, la dispense de stage accordée par l'article 12 à la femme, devient une superfétation en ce qui concerne la femme de l'indigène musulman.

devenu citoyen acquièrent tous deux des droits qu'ils n'avaient pas auparavant, rien n'est plus naturel.

Mais il ne faut pas aller plus loin. L'indigène à qui l'on a accordé la qualité de citoyen ne peut pas être comparé à l'étranger naturalisé.

Si l'on parle de naturalisation, en ce qui concerne l'indigène, c'est simplement par commodité de langage, nous l'avons dit. L'indigène est Français par naissance ; il ne peut jamais obtenir qu'un *augment de capacité*.

Un arrêt de la cour d'Alger du 30 juin 1908 (1) met bien en relief les caractères très différents de la naturalisation et de l'admission à la jouissance des droits de citoyen. Il montre comment la naturalisation confère à un *étranger* une nationalité qu'il n'avait pas jusqu'alors, tandis que l'admission à la qualité de citoyen s'applique à un indigène déjà *Français*, mais qui n'avait que des droits restreints :

1. R. A., 1909.2.93. Dans cet arrêt, H. Larcher a eu la bonne fortune de faire adopter une théorie qu'il soutenait depuis plusieurs années avec la conviction et la vaillance qui lui sont coutumières. Nous croyons que son influence est particulièrement incontestable dans la partie de l'arrêt qui établit la distinction entre la naturalisation de l'étranger, et l'admission aux droits de citoyen, de l'indigène musulman. M. Larcher s'est plu, en effet, dans de nombreux écrits et le plus nettement du monde, à établir la différence entre les deux situations. Cf., notamment l'excellente note qui est sous l'arrêt de la ch. civ. de la c. de cass. du 30 décembre 1907 dans R. A., 1908.2.15.

la première fait d'un *étranger* un *Français*, la deuxième fait d'un *Français capite minutus* un *citoyen*.

Par ailleurs, la naturalisation a deux effets : elle rend à la fois *citoyen* et *Français* ; l'admission à la jouissance des droits de citoyen n'a que le deuxième.

Partant de là, nous estimons qu'il n'est pas possible de faire de l'article 12 une application partielle à l'indigène musulman naturalisé ; pas plus qu'il n'est possible d'en faire une application totale.

Nous pensons que tout ce qui a trait à l'admission de l'étranger musulman à la qualité de citoyen ne peut en *aucune façon* être régi par les principes généraux sur la naturalisation en France. Les principes régissant l'accession de l'indigène à la qualité de citoyen ont été posés dans le sénatus-consulte du 14 juillet 1865 complété par le décret du 21 avril 1866. Ces principes se suffisent à eux-mêmes, on ne peut invoquer l'article 12 (1).

1. M. Weiss n'admet pas que l'on puisse appliquer l'article 12 aux enfants mineurs : « Le nouvel article 12 du Code civil statuant sur la naturalisation des étrangers en France lui est inapplicable comme l'étaient avant 1889 l'article 2 de la loi du 7 février 1851 et la loi du 14 février 1882. Et force lui est d'attendre l'échéance de sa majorité pour obtenir les droits de citoyen français. » Cf. *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. I, pp. 300-400.

Nous pensons qu'il en est absolument de même pour la femme. La loi de 1889 ne lui est pas applicable : tout ce qui a trait à la naturalisation des indigènes musulmans est régi par des textes spéciaux

Si le sénatus-consulte de 1865 ne vise pas expressément la situation des enfants mineurs et de la femme de l'indigène qui devient citoyen, il faut évidemment résoudre le problème, par application de principes généraux. Mais ces principes généraux, il ne faut pas les puiser dans l'article 12 du Code civil qui vise une situation toute différente, mais dans la législation algérienne, lorsqu'elle pose des règles relatives à la naturalisation des indigènes. Ce que l'on appelle (improprement, nous l'avons dit) la naturalisation des indigènes est quelque chose de spécial, qui doit être régi par des règles spéciales, abstraction faite de tous les principes qui visent l'acquisition de la nationalité dans la métropole. — Pour résoudre le problème qui nous intéresse, il ne faut pas chercher dans des principes qui régissent une situation dont l'analogie avec celle de l'indigène naturalisé est plus que douteuse, il faut puiser dans le sénatus-consulte du 14 juillet 1865.

Et nous pensons précisément que l'esprit et le texte du sénatus-consulte nous permettent de donner une solution juridiquement exacte.

Cette solution est celle qui laisse aux enfants mineurs et à leur mère la qualité d'indigènes, tout en

qui ont été conçus dans un esprit tout à fait différent de celui qui a animé la législation relative à la naturalisation des étrangers en France.

faisant produire à la naturalisation du père ses effets normaux.

Cette solution qui a été très en vogue chez d'excellents auteurs (1), et qui a rallié jusqu'à ces dernières années tous les suffrages de la jurisprudence algérienne (2) a pu être vivement contestée en doctrine (3) et vient d'être condamnée en jurisprudence par un arrêt de la cour d'Alger du 30 juin 1908 (4).

La Cour dans cet arrêt a, semble-t-il, dit son dernier mot en faveur de la 2^e solution : *La femme et les enfants mineurs suivent la condition du père* (5). Il

1. Cf. Weiss, *op. cit.*, t. I, pages 399-400. Hamel, *De la naturalisation des indigènes musulmans en Algérie*, trois monographies parues dans la R. A., années 1886, 1887 et 1890.

Charpentier, *Précis de législation algérienne et tunisienne*, (Alger, 1899) n° 598.

2. Cf. Alger, 20 juin 1883, Robe 1883, page 317. Alger 29 mars 1893, R. A., 1893.2.225. Justice de paix de Bougie, 20 décembre 1899. R. A., 1900.2.246. Alger, 13 mai 1902, R. A., 1004.2.225. Tribunal de Batna, 31 mai 1905, R. A., 1906.2.120.

3. Cf. Larcher, *Traité élémentaire de législation algérienne*, t. II, page 187.

4. R. A., 1909.2.93. Cet arrêt qui est un véritable arrêt de principe a entraîné presque immédiatement une autre arrêt dans le même sens. Alger, 4 février 1909, R. A., 1909.2.395.

5. Cette solution a été préconisée par la chancellerie du ministère de la Justice et du Conseil d'État. Elle a été soutenue par de nombreux auteurs : Larcher, *op. cit.*, t. II, page 190.

Besson, *La législation civile de l'Algérie*, page 78.

Dunoyer, *Etude sur le conflit des lois spécial à l'Algérie*, (Thèse Paris, 1888), page 208.

faut attendre que la Cour de cassation ait à se prononcer sur ce système pour savoir s'il est bien définitif en jurisprudence.

La doctrine, d'une manière générale, n'a guère fait valoir en faveur de ce système que des arguments d'opportunité. « Ce système est évidemment préférable à tous les autres au point de vue législatif, dit M. Larcher. Il est utile et même nécessaire d'assurer l'homogénéité de la famille. » Et plus loin : « Cette solution ne peut-elle se justifier juridiquement ? Nous pensons qu'elle se justifie d'elle-même, et comme la plus simple et la meilleure (1). »

Nous ne contestons pas la valeur de cette solution « au point de vue législatif » ; nous en contestons la valeur juridique. Le sénatus-consulte de 1865 pourrait être aussi détestable que possible, qu'il n'appartiendrait en aucune manière à une juridiction de le méconnaître pour aller puiser dans des principes qui peuvent paraître plus pratiques !

Mais, voyons quelle est l'argumentation de l'arrêt du 30 juin 1908, qui est un véritable arrêt de principe sur la question.

Hugues (Albert). *La nationalité française chez les musulmans de l'Algérie* (thèse, Paris, 1899), page 184.

Rack, *Effets de la naturalisation d'un indigène musulman survenue pendant le mariage, sur la condition de sa femme et de ses enfants*, monographie parue dans le *Journal de la jurisprudence de la Cour d'appel d'Alger*, année 1885.

Nous croyons que les motifs de l'arrêt sont contestables. La cour d'Alger a invoqué trois raisons pour donner sa solution.

L'une de ces raisons, c'est que la solution est pratique. C'est là un argument d'opportunité ; nous savons ce qu'il faut en penser.

Une autre raison nous étonne ; elle est tout au moins inattendue. La cour, en effet, a pris la peine dès le début de l'arrêt de relever d'une manière très exacte les différences qui séparent la situation de l'indigène admis au droit de cité de celle de l'étranger naturalisé.

Or, la cour a décidé qu'aux termes de l'article 12 du Code civil, la naturalisation du père profite aux enfants mineurs d'un étranger et qu'il est difficile de faire une situation différente aux enfants de l'indigène. Contre ce motif, nous ne pouvons que répéter ce que nous avons dit à propos de la théorie de M. Audinet.

Mais à côté de ces deux raisons, la cour en a invoqué une troisième.

L'arrêt, longuement motivé, invoque en sa faveur l'esprit du sénatus-consulte de 1865.

Si la solution du 30 juin 1908 est réellement con-

1. Surville. *Naturalisation d'un indigène musulman. Ses effets au regard du statut personnel des enfants mineurs du naturalisé*, monographie parue dans la *Revue critique de la législation et de jurisprudence*, année 1894, page 257.

forme au sénatus-consulte du 14 juillet 1865, nous n'avons qu'à nous incliner.

Que faut-il penser de cet argument de la cour? Est-il bien exact? Nous ne le pensons pas. Il nous semble que le sénatus-consulte du 14 juillet 1865, et dans sa lettre et dans son esprit, repousse l'interprétation de la cour.

Dans sa lettre d'abord, car le sénatus-consulte subordonne à *une demande* de l'intéressé l'abandon de la législation exceptionnelle à laquelle est soumis l'indigène.

Dans son esprit, parce que s'il est vrai de dire avec la cour que le sénatus-consulte de 1865 « a considéré comme un bienfait la faculté concédée aux indigènes d'obtenir sur leur demande la jouissance des droits attachés à la qualité de citoyen français » et qu'il « a manifesté son désir de voir le peuple indigène profiter le plus possible de ce qu'il considérerait comme un bienfait » il est tout aussi vrai d'affirmer qu'il est d'un bout à l'autre animé de la ferme volonté de faire œuvre de tolérance.

C'est méconnaître une partie de l'esprit du sénatus-consulte de 1865 que de s'en tenir à la première tendance, un désir d'assimilation. Le sénatus-consulte de 1865 est imprégné de deux tendances différentes dont l'une contient l'autre ; dont l'une est la contrepartie de l'autre. La première, c'est la volonté d'assimiler ; la seconde, c'est la volonté de n'assimiler qu'au-

tant que l'on ne commettra ainsi aucun acte d'intolérance.

Le sénatus-consulte de 1865 est une œuvre de tolérance, il maintient, ou plus exactement il reproduit la convention du 5 juillet 1830, et il n'y a que lorsque l'indigène manifestera la volonté de faire abstraction de ses croyances qu'il sera complètement français ; il y aura alors ce que l'on appelle « naturalisation ».

Mais cette *naturalisation ne saurait s'imposer* ; c'est pourquoi le sénatus-consulte à deux reprises différentes, tant pour les musulmans que les juifs précise.

L'article premier nous dit pour l'indigène musulman : « ... Il peut être admis à servir dans les armées de terre et de mer, il peut être appelé à des fonctions et emplois civils en Algérie ; il peut *sur sa demande* être admis à jouir des droits de citoyen français... »

L'article 2 pour l'Israélite avait la même formule : *sur sa demande*. Très certainement, ces trois mots que l'on retrouve par deux fois ne sont pas l'effet du hasard. Le législateur énumère ce que l'indigène *pourra* faire ; mais lorsqu'il s'agit de l'accession au droit de cité, il précise singulièrement et dit : *sur sa demande*.

D'ailleurs si la lecture des travaux préparatoires du sénatus-consulte nous révèle d'une manière absolument incontestable un désir pressant d'unifier les

racés de l'Algérie, cette même lecture nous donne très nettement l'impression que c'est là un désir qui ne l'emporte pas sur une volonté contradictoire : respecter des croyances et une parole donnée.

Le rapport de M. Delangle au Sénat reflète des idées de tolérance d'une manière non équivoque (1). M. Delangle cite Montesquieu : « C'est la folie de tous les conquérants, a dit Montesquieu, de vouloir donner à tous les peuples leurs lois et leurs coutumes. » Et il poursuit : « Il est contre cet usage si fréquent dans le passé une raison ; ... c'est que la même loi ne peut convenir à des nations d'origine et de mœurs différentes ; c'est que la dissemblance des esprits tels que les font l'éducation, le climat, le genre de vie ne se peut accommoder à la même règle et que pour ne pas glisser sur la pente de la tyrannie il faut respecter les divergences que la nature et la Providence elle-même ont établies. La France n'a pas manqué à son devoir... La stipulation (de 1830) a été fidèlement et sincèrement exécutée. Eh bien ! en devenant Français, les indigènes ne sont pas obligés d'abdiquer les statuts sous l'empire desquels ils ont vécu... »

Plus loin, nous lisons : « Une seule chose restera et doit rester en dehors de l'application des lois : c'est la question religieuse. La loi française ne proclame pas de culte officiel. Elle consacre au contraire la li-

1. Tous les passages que nous avons extraits du rapport de M. Delangle, se trouvent dans Estoublon et Lefébure, à la page 305.

berté de conscience comme un droit naturel. La conscience ne relève pas des lois... »

D'ailleurs, la même tendance à respecter le statut personnel des musulmans, leur loi religieuse, la même tendance à restreindre le désir d'assimilation dès qu'il se heurte à des convictions trop intimes se retrouve sous la plume de M. Flandin, conseiller d'État dans l'exposé des motifs fait par lui au Sénat le 22 juin 1865 : « Depuis un certain nombre d'années, le peuple arabe sent qu'un gouvernement bienveillant a succédé à la domination qui pesait auparavant sur lui. *Il voit que la France exécute loyalement la convention du 5 juillet 1830...* » M. Flandin cite une lettre de l'Empereur du 6 février 1863 où il est dit : « Je tiens à honneur d'exécuter comme je l'ai fait pour Abd-el-Kader ce qu'il y a de grand et de noble dans les promesses des gouvernements qui m'ont précédé. Je veux convaincre les Arabes que nous ne sommes pas *venus en Algérie pour les opprimer et les spolier, mais pour leur apporter les bienfaits de la civilisation.* »

Il rapporte aussi les paroles de l'Empereur à son arrivée en Algérie : « Je viens au milieu de vous pour connaître par moi-même vos intérêts, seconder vos efforts et vous assurer que la protection de la métropole ne vous manquera pas... »

1. Cf. Estoublon et Lefébure, p. 302.

Et il ajoute : « Nous avons insisté, messieurs les sénateurs, sur ces deux faits : la lettre impériale du 6 février et le voyage de l'Empereur en Algérie parce qu'ils sont *l'explication politique et le commentaire anticipé du sénatus-consulte que nous avons l'honneur de soumettre à vos délibérations.* »

Nous pourrions multiplier les citations ; nous le jugeons inutile...

Ainsi donc, nous croyons fermement qu'il n'y a pas seulement dans l'œuvre du législateur de 1865 un désir d'assimilation, mais aussi une idée de tolérance profondément ancrée : On respectera le plus possible le statut musulman qui leur a été solennellement maintenu par la capitulation de 1830. Notamment, on exigera une *volonté expresse* chez tous ceux qui désireront se soustraire à cette législation.

Or, n'est-ce pas aller à l'encontre de tout l'esprit du sénatus-consulte que d'imposer à des enfants et surtout à une femme, une situation juridique que leur conscience rejette peut-être violemment ? N'est-ce pas un acte éminemment arbitraire et intolérant de dire : le bon vouloir du père s'imposera aux enfants mineurs et à la femme ?

Nous rejetons donc la théorie défendue par la cour d'Alger dans son arrêt du 30 juin 1908. Nous avons exposé pourquoi ; en même temps, nous avons pris parti très nettement pour la *solution qui repousse toute influence de la naturalisation d'un indigène*

musulman sur la condition de sa femme et de ses enfants mineurs. Il nous a semblé en effet que seul ce système pouvait découler des principes contenus dans le sénatus-consulte du 14 juillet 1865, sénatus-consulte qui régit, à l'exclusion de tout autre texte, la question de l'accession au droit de cité par un indigène musulman.

Mais cette conclusion va nous permettre de solutionner le problème que nous cherchions à résoudre en ce qui concerne la conversion au christianisme d'un père indigène musulman.

La réponse que nous venons de donner pour la naturalisation doit évidemment être exacte pour le cas identique (au point de vue de la législation civile), de la conversion. Les mêmes considérations juridiques qui nous ont fait repousser la répercussion de la naturalisation du père sur la situation de sa femme et de ses enfants mineurs, doivent nous conduire à repousser toute répercussion de la conversion du père sur la situation juridique de sa femme et de ses enfants mineurs.

Nous affirmons donc : Quand un indigène musulman abjure sa religion pour embrasser le christianisme, il subit un changement dans sa condition juridique, mais ce changement ne saurait dépasser sa personne.

Avec l'étude du problème que nous venons de résoudre, nous pensons avoir achevé, à peu près, l'exa-

men des questions juridiques les plus importantes découlant de l'effet négatif et général que nous avons attaché à la conversion d'un indigène musulman au christianisme.

Nous allons maintenant examiner d'autres conséquences juridiques de cette conversion, conséquences qui se rattachent à certaines règles de droit musulman, et que nous allons faire apparaître en construisant des hypothèses.

.

2°. Il est facile d'imaginer des cas où la conversion de l'indigène musulman au christianisme produira des effets juridiques qu'on ne saurait contester sans faire violence à des textes et à des principes essentiels, même si *l'on rejette l'effet général que nous avons reconnu à cette conversion.*

Nous allons prendre deux types de ces effets de droit, empruntés à la matière des successions et à la matière de la tutelle.

A. — Primus est indigène musulman. Il se convertit au christianisme. Effets juridiques issus de cette conversion: 1° Primus ne pourra jamais hériter d'un musulman ;

2° Primus ne pourra jamais laisser sa succession à un musulman.

1° Primus ne pourra pas hériter d'un musulman. En effet, le droit musulman (nous l'avons déjà dit) n'admet pas que l'infidèle hérite du musulman pas

plus qu'il ne permet au musulman d'hériter de l'infidèle. « L'infidèle a rompu le lien qui l'unissait à Dieu c'est pour cela que Dieu a rompu tout lien héréditaire entre lui et les musulmans », nous dit M. Luciani. La règle est admise par tous les docteurs musulmans. Écoutons M. Morand: « Sur ce point à quelque rite orthodoxe qu'appartiennent leurs rédacteurs les textes sont formels.

« La différence de religion est une cause d'exclusion dit Khalil » (traduction Seignette art. 2251). D'après Ebn-Acem « l'infidèle et l'esclave sont privés du droit de succession...la même règle est appliquée à l'apostat », (traduction Houdas et Martel, vers 1686-1687.) Charani constate que les quatre principaux imans sont d'accord sur les questions suivantes: le musulman n'hérite pas de l'infidèle, ni l'infidèle du musulman (*Bal. de la loi musulmane* Traduc. Perron. Edit. Luciani p. 558). L'article 597 du Code du statut personnel égyptien porte: « La différence de religion ôte tout droit à la succession d'un musulman à un chrétien et réciproquement ». Enfin nous lisons dans la *Révélation de l'omniprésent* d'Ibn Qasim Alghazzi « qu'un musulman ne saurait être appelé à la succession d'un infidèle, ni vice versa » (trad. Van den Berg p. 427); et dans le *Guide des zélés croyants* du jurisconsulte En Nawawi « qu'il n'y a pas lieu à succession entre un musulman et un infidèle ni vice

versa (Trad. Van den Berg, t. II p. 243.) (1). »

L'effet juridique que nous venons d'énoncer nous paraît donc incontestable par application de ce principe de droit musulman très net, et par application d'une règle de droit international incontestée qui veut que la loi personnelle du *de cuius* « régit en principe les conflits qui naissent à propos de la transmission héréditaire du patrimoine (2) ».

La cour d'Alger dans une hypothèse identique à celle que nous avons construite a cru devoir donner une solution toute différente de la nôtre.

Une Italienne, musulmane, avait abjuré sa religion pour se convertir au catholicisme. La cour l'a néanmoins admise à recueillir la succession de sa mère indigène musulmane.

Par un arrêt du 5 avril 1876 (3), elle a dit : « Considérant qu'on ne saurait opposer à l'appelante sa nationalité italienne qui ne la rend pas inhabile à succéder en France ; qu'on ne saurait davantage lui objecter la profession qu'elle a faite de la foi catho-

1. Cf. Note de M. Morand sous un arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cass. du 22 mai 1905 dans R. A., 1907.2.180.

2. Cf. Weiss. *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. IV, page 547 : « C'est par application de la loi personnelle du *de cuius* que doivent être résolus en principe les conflits qui naissent à propos de la transmission héréditaire du patrimoine. C'est cette loi personnelle qui pour nous est sa loi de succession... »

3. Cf. Robe 1876, page 66.

lique. Considérant que si certains docteurs ont enseigné que l'abandon de la religion mahométane devait exclure des successions musulmanes, cette doctrine n'a pu être acceptée qu'à des époques et dans des contrées où tous les citoyens professaient la même religion, et quand il n'existait pas de droit public en dehors de cette religion même. Qu'actuellement les habitants de l'Algérie se répartissent en diverses religions ; que le droit constitutionnel français est établi sur des bases purement civiles et qu'il garantit à chacun la liberté de conscience et l'égalité devant les cultes ; que toute infraction à ces principes doit être prévenue comme contraire à l'ordre public, et que la perte des droits héréditaires serait une entreprise contre la liberté de croyances ; qu'aucune déchéance, aucune incapacité ne peut donc plus aujourd'hui résulter de l'abandon de la profession d'un culte ; que si l'appelante n'a plus ni la nationalité ni la religion qu'avait sa mère elle n'en est pas moins rattachée à la succession musulmane de celle-ci par une vocation personnelle et par un lien de droit naturel ; qu'en droit musulman comme en droit français, la vocation héréditaire procède des liens du sang et qu'ainsi l'appelante doit prendre dans la part de sa mère la part que lui attribue sa naissance, etc... »

Cet arrêt est très critiquable. M. Luciani montre la faiblesse de l'argumentation lorsqu'il dit : « Cette décision n'applique pas le droit musulman elle met

complètement à l'écart un principe de ce droit affirmé par les auteurs de toutes les écoles... Elle tend à créer un droit nouveau fondé sur des considérations d'ordre très élevé sans doute mais qui est très différent du droit musulman ... Il semble également qu'il est inexact de dire que l'exclusion de l'apostat des successions musulmanes n'a pu être acceptée qu'à des époques et dans des contrées où tous les citoyens professaient la même religion et quand il n'existait pas de droit public en dehors de cette religion ; c'est là une affirmation que rien ne justifie dans le droit musulman (1). » M. Larcher s'est associé pleinement à cette critique (2). Il nous faut en faire autant ; nous rejetons l'argumentation de la cour, qui consiste à méconnaître un principe très clair de droit musulman pour s'attacher à des considérations pratiques. Le raisonnement de la cour, comme le fait remarquer M. Luciani, n'a rien de juridique ; ses arguments sont des arguments d'opportunité ; or nous pensons qu'il n'y a rien de plus dangereux pour la bonne administration de la justice que les arguments d'opportunité : ils laissent infailliblement une porte ouverte au bon vouloir.

D'ailleurs, ce n'est pas seulement une règle de droit

1. Rapporté par M. Larcher dans les *Effets juridiques de changement de religion en Algérie*, *Journal du droit international privé*, 1908, page 394.

2. *Eod. loc.*

musulman qui est méconnue ; c'est aussi une règle de législation algérienne. L'arrêt voit dans la solution contraire à la sienne « une infraction à l'ordre public » et il s'en émeut. Que vient donc faire ici l'ordre public ? Les juges qui ont motivé la décision ignoraient-ils que le droit musulman dans les matières où il a été maintenu, l'a été avec une telle force qu'il se maintient même à l'encontre de nos règles d'ordre public ? Il n'y a rien de plus contraire à l'ordre public que la polygamie, que la répudiation ; il n'y a rien de plus contraire à l'ordre public que le droit de djébr, et pourtant ce sont là des institutions dont on ne saurait contester la légalité !

Invoquer le respect dû à l'ordre public, rien n'est plus rationnel en droit international. Mais il n'est pas possible de le faire en ce qui concerne un conflit entre le droit musulman et la législation française, puisque précisément *une des caractéristiques du maintien de la loi musulmane c'est la possibilité pour elle de l'emporter même sur nos règles d'ordre public* (1) (cf. Introduction p. 37 et 38). Aussi nous séparons-

1. Écoutons M. Larcher, *Traité élément.*, t. 2, p. 60 : « Le sénatus-consulte de 1865, les décrets de 1866, 1874, 1886 et 1889 proclament le maintien du droit musulman et des coutumes indigènes en termes tellement absolus qu'il faut reconnaître qu'ils s'appliquent alors même qu'ils sont contraires à l'ordre public, alors même qu'ils blessent nos idées d'équité et nos croyances morales, alors même qu'ils contredisent aux dispositions de notre législation pénale. »

nous de notre éminent maître M. Weiss lorsqu'il cite l'arrêt que nous critiquons, à l'appui des paroles suivantes : « Nos tribunaux ne devront pas hésiter à reconnaître sur les biens qui se trouvent en France une entière capacité à l'étranger que le droit commun de son pays appellerait à la succession mais qui est écarté *à raison d'une échéance légale ou judiciaire que la loi française réprouve comme contraire aux intérêts de la société ou comme immorale*... L'étranger déclaré incapable dans son pays comme hérétique ou comme rénégat est dans ce cas ; il succéderait valablement en France (1). » Il n'y a rien de plus incontestable que le principe ainsi émis par M. Weiss, mais il n'y a rien de plus incontestable aussi que l'on ne saurait, à ce point de vue, assimiler l'indigène musulman à un étranger, et cela, pour la raison que nous avons indiquée (cf. *Introduit.* p. 38).

Cet arrêt du 5 avril 1876 est d'ailleurs resté isolé. Les jurisprudences algérienne et métropolitaine ont toujours fait une application très exacte des principes de droit musulman, tant en ce qui concerne l'Algérie que le Sénégal où la question se présente dans des conditions absolument identiques (2). La cour d'ap-

Cf., *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. V, pp. 554 et 555.

¹ 2. Nous rappelons que la législation musulmane a été maintenue au Sénégal par un décret du 20 mai 1857.

pel d'Alger a consacré la solution que nous avons posée, par un arrêt du 21 décembre 1854.

Un indigène isralite El-Boghar avait embrassé l'islamisme, accompli le pèlerinage et était décédé dans sa foi nouvelle.

Ses deux sœurs germaines, israélites toutes deux, avaient réclamé la part leur revenant dans la succession de leur frère. Cette prétention fut repoussée par l'arrêt et de la manière suivante :

« Attendu que la loi des successions est le testament de tout homme qui décède *ab intestat* ; que c'est dans la disposition du législateur, présumée avoir été la volonté du défunt, que les héritiers du sang puisent leur droit ; que dans les successions *ab intestat* il n'est d'héritiers que ceux que la loi du décédé désigne, ni de droits que ceux qu'elle reconnaît et sanctionne ;

« Attendu que la loi musulmane exclut les non musulmans de toute participation légitime à la succession d'un musulman ; que les appelantes sont toutes deux israélites, qu'elles ne sauraient dès lors prétendre à la succession d'El-Boghar, décédé musulman etc... (1) »

C'est le premier monument de jurisprudence que

1. Cf. Sautayra et Cherbonneau, t. 2, n° 609. En citant cet arrêt, nous n'avons d'ailleurs nullement l'intention de prendre parti sur la question de savoir si la cour a fait une application opportune, de principes très exacts, dans l'hypothèse spéciale qui lui était soumise

nous avons trouvé en ce sens. Parmi les derniers, il nous faut citer un arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation du 22 mai 1905 qui rejette le pourvoi formé contre un arrêt de la cour d'appel du Sénégal (1).

Le mémoire présenté à l'appui du pourvoi citait en faveur de la décision qu'il sollicitait, l'arrêt du 5 avril 1876. M. le conseiller rapporteur Duboin a soutenu très énergiquement le rejet de la requête, en critiquant l'arrêt invoqué par le mémoire : « l'arrêt de la cour d'appel d'Alger du 5 avril 1876 cité par le mémoire paraît être isolé. La jurisprudence s'est toujours prononcée dans un sens opposé ; cet arrêt renferme d'ailleurs une autre erreur évidente et c... »

Et la chambre des requêtes s'est prononcée dans le même sens : « Attendu que la loi mulsumane refuse la qualité d'héritier aussi bien à celui qui a été élevé dans une autre religion que celle de Mahomet, qu'à celui qui a renié sa croyance et qu'elle l'exclut de toute participation à la succession d'un musulman ; qu'il résulte des constatations de l'arrêt attaqué que Gaspard Devès, fils naturel de Sylvie Bruno, a été

1. Cf. *Revue de droit international privé*, 1906, p. 543, et R. A., 1907.2.180, avec la note de M. Morand,

Outre cet arrêt et l'arrêt de la cour d'Alger du 24 décembre 1854 cité plus haut, nous pouvons rapporter dans le même sens : Alger, 30 décembre 1867, dans Sautayra et Cherbonneau, *op. cit.*, t. 2, p. 114, Alger, 14 avril 1874, *ibid*, t. 2, n° 625.

élevé dans la religion catholique; qu'il n'est pas contesté qu'il a vécu et qu'il est mort catholique, qu'en décidant en conséquence qu'il ne saurait prétendre à la succession de Sylvie Bruno, décédée musulmane, l'arrêt attaqué, d'ailleurs régulièrement motivé, a donné une base légale à sa décision, etc...»

Le premier effet juridique que nous avons attaché à la conversion, dans l'hypothèse que nous examinons, est donc une application très exacte des principes de législation algérienne et de droit mulsuman : c'est l'opinion d'excellents auteurs; c'est aussi l'avis de la majorité des décisions de jurisprudence (1).

2° Primus ne pourra jamais laisser sa succession à un indigène mulsuman.

Cet effet est encore certain, à notre avis. Sans doute, ceux qui admettent l'effet général que nous avons proposé vont nous dire : « Votre indigène n'est plus musulman; il est chrétien. Sa loi successorale est la loi française; or, la dévolution d'une

1. Il est même intéressant de faire remarquer que la conversion aura ici un effet juridique que ne saurait produire la naturalisation. Si Primus en effet, au lieu de se convertir s'était naturalisé, cela ne l'eût pas empêché d'être musulman, et de pouvoir prendre part à la succession d'un musulman.

Cependant la conversion elle-même n'aura aucun effet dans un cas; il faut pour cela supposer une abjuration postérieure à l'ouverture de la succession; une telle abjuration ne modifiera en rien l'ordre successoral qui est basé sur la capacité des parties appelées au moment du décès du *de cujus*.

succession se fait d'après la loi du *de cuius*. La loi du *de cuius*, loi française, lui permet de laisser une succession à des musulmans ; la solution que vous donnez est inexacte. » Il nous est facile de répondre que par hypothèse nous pouvons examiner ce problème indépendamment de l'effet général, et que pour tous ceux qui n'admettent point cet effet, la solution particulière que nous venons de donner restera vraie. Mais il y a plus ; il nous est beaucoup plus simple encore de répondre : La loi successorale du *de cuius* n'est pas la seule qu'il faille prendre en considération ; pour qu'une succession soit efficacement dévolue, il faut non seulement qu'un individu ait capacité de laisser une succession mais il faut encore qu'un autre individu ait capacité de recevoir une succession, ait capacité de succéder (1). Or, aucun

1. « S'agit-il d'apprécier la capacité des personnes appelées à succéder, ce n'est plus la loi personnelle du *de cuius*, mais celle de l'héritier qu'il faut considérer. Si, en principe, on applique à la dévolution héréditaire la loi dont relevait le défunt c'est avant tout, nous l'avons dit « parce qu'on suppose que la succession *ab intestat* est son testament c'est-à-dire l'expression de sa volonté ; or la volonté de celui qui dispose tacitement ne peut porter que sur la disposition de ses biens ; il n'a rien à vouloir dans tout ce qui dépend exclusivement de la loi, et telles sont les conditions de capacité et par suite les incapacités : celles-ci concernent le successible et son législateur les établit, les modifie dans des vues d'intérêt général et non d'après la volonté présumée de celui qui dispose de ses biens » (Laurent). Dès lors, la capacité du successible dépend de sa propre loi personnelle. A cette loi il appartient de dire s'il a ou non les qualités requises pour

musulman ne peut succéder à un chrétien. « La différence de religion est une cause d'exclusion ; le musulman n'hérite pas de l'apostat et du mécréant. » (Sidi-Khalil, traduction Seignette, art. 2251.)

Il faut donc en conclure que Primus ne pourra avoir pour héritiers que des non musulmans et qu'à leur défaut l'Etat recueillera la succession en déshérence. Et c'est ce que nous voulions démontrer.

B. — Primus est tuteur d'un indigène musulman mineur. Primus embrasse la religion chrétienne. Par cette abjuration, Primus va se voir retirer tous les pouvoirs inhérents à sa qualité de tuteur.

En effet, les règles de droit musulman qui régissent la matière de la tutelle, nous imposent cette solution. En droit musulman, « le tuteur désigné en première ligne, celui dans lequel la loi place d'abord sa confiance c'est le père de famille. Il exerce sa tutelle non seulement pendant le mariage mais encore après la dissolution, lorsque cette dissolution a eu lieu par décès de la mère, par le divorce ou par la répudiation. A défaut du père, les hanéfites accordent

succéder, de le déclarer capable ou incapable de recueillir l'héritage et il n'existe aucune différence à ce point de vue suivant que l'incapacité qu'on lui oppose découle du droit commun ou est spéciale à la matière des successions. L'article 3, § 3 du Code civil qui rattache les lois de capacité au statut personnel et qui en proclame l'exterritorialité condamne manifestement une semblable distinction. Weiss, *op. cit.*, t. IV, p. 551 et 552.

la tutelle en deuxième ligne aux plus proches parents... Quant aux malékites, ils ne reconnaissent pas la tutelle légale des proches parents... Les malékites admettent cependant que la tutelle des proches parents est une tutelle naturelle. Il engagent en conséquence les kadis à choisir les mokkadem dans la famille du défunt et en fait, c'est ce qui a lieu. A défaut du père dans le rite malékite, du père et des proches parents dans le rite hanéfite, la tutelle est dévolue au tuteur testamentaire désigné par le père de famille. Pour être valable, cette dévolution doit être faite : 1° par le père jouissant de toute sa raison.

« 2° Au profit d'une personne musulmane. Les hanéfites décident en conséquence que la *différence de religion* détruit le droit de tutelle légale que donne la parenté (1). »

Telles sont les règles générales de la tutelle en droit musulman. Il en ressort le plus évidemment du monde que toute tutelle autre que celle du père va cesser par la conversion au christianisme de celui qui l'exerce. Ce tuteur, autre que le père, qui a commencé ses fonctions, soit comme tuteur légal, soit comme tuteur testamentaire, doit les cesser par suite de sa conversion (2).

1. Cf. Sautayra et Cherbonneau, *op. cit.*, p. 360.

2. Nous parlons de la tutelle autre que celle du père. Il serait intéressant de rechercher quels effets est susceptible de produire la conversion, sur la tutelle du père. Nous sommes loin d'avoir la compé-

Mais quels effets vont se produire si nous renversons l'hypothèse ? Si nous supposons que le pupille abjure la foi musulmane pour la foi chrétienne alors que le tuteur reste musulman ?

Pour donner une réponse à une pareille question, nous pensons qu'il faut faire une distinction.

En effet, nous avons admis que la conversion au christianisme entraînait pour l'indigène musulman application du droit civil français, mais que cette conversion ne pouvait produire les effets juridiques qu'on doit y rattacher que si le converti avait sa double majorité chrématique et somatique.

Le pupille ne pourra donc être *juridiquement* un

tence nécessaire en droit musulman pour résoudre la question.

Nous nous contentons de faire remarquer que tout tuteur est considéré en droit musulman comme étant une émanation du père, comme étant *sa branche* selon une expression arabe, et qu'en conséquence il se pourrait très bien que les règles posées pour le tuteur soient applicables au père. En faveur de cette solution plus ou moins hypothétique, exposons la solution donnée dans un cas analogue : Tant que l'enfant est en bas âge, dans *l'infantia*, la mère a un pouvoir de garde, un pouvoir de direction sur la personne de l'enfant; ce pouvoir est le droit de *hadanah* de la mère. Ce droit de *hadanah* est moins rigoureusement lié à la religion que le droit de tutelle. « Il n'est pas nécessaire pour être chargée de la *hadanah* d'être musulmane » dit Sidi-Khalil.

Cependant dès qu'il y a abjuration, dès qu'il y a apostasie, les effets que nous signalions pour la tutelle se font sentir chez la mère. « La femme chrétienne ou juive par suite d'apostasie ne peut réclamer la *hadanah*. »

converti que si le tuteur a approuvé l'acte. Dans ce cas, le pupille est soumis à la loi civile française. Dans ce cas, par conséquent, toutes les règles de notre droit civil relatives à la tutelle vont seules s'appliquer.

En effet, « c'est la loi nationale du pupille qui préside à l'organisation de la tutelle et aux attributions du tuteur..., c'est à cette loi qu'il faut demander quelles personnes y (à la tutelle) sont appelées et sont capables de la gérer comme tuteur, soit de la surveiller comme subrogé-tuteur ou comme membre du conseil de famille; c'est à elle qu'il appartient de préciser les causes d'incapacité ou d'exclusion qui frappent ces personnes et les excuses qu'elles sont admises à invoquer. » (1) Or, la loi française ne connaît point parmi les causes d'incapacité ou d'exclusion du tuteur, le fait de professer la religion musulmane. Donc juridiquement, le tuteur ne pourra en l'occasion se soustraire à la tâche qu'il a assumée.

Au contraire, si le pupille a embrassé la foi chrétienne, sans aucun consentement de son tuteur, cette conversion est juridiquement inexistante; il reste

1. Cf., Weiss, t. III, p. 317 dans *op. cit.* Cette règle de droit international est d'ailleurs admise par la jurisprudence algérienne. Ainsi un arrêt de la cour d'Alger du 4 juillet 1870, a décidé que puisqu'aucun des rites n'accorde à la mère la tutelle légale, une mère était sans droit à demander la tutelle de ses enfants lorsque son mari ne la lui avait pas conférée par disposition testamentaire, même lorsque

soumis à son statut personnel musulman ; les choses suivent leur cours normal. (1)

Par ces explications, nous avons terminé le paragraphe que nous avons consacré à l'influence de la conversion au christianisme, sur la condition d'un indigène musulman, au point de vue de sa législation civile.

Nous avons montré en construisant des hypothèses, comment le fonctionnement normal des principes de la législation algérienne et de certaines règles de droit musulman nous amenait à conclure à certains effets de droit inhérents à la conversion.

Nous avons auparavant, et surtout, montré comment la conversion produisait un effet général.

cette mère était une française mariée en France, et devant l'officier d'état civil, à un musulman. (Cf., Sautayra et Cherbonneau, op. cit., p. 360-361 et suiv.)

1. On est tenté de prime abord, de dire : La tutelle va s'interrompre. Le tuteur va se trouver délié, parce que, pour ne pas produire d'effets juridiques, cette conversion n'en existe pas moins au point de vue religieux ; la différence de religion existe.

Cette solution serait à notre avis inexacte. Il nous semble en effet à peu près certain qu'un mineur se convertissant sans l'approbation de ceux qui en ont la surveillance et la garde serait toujours aux yeux de la loi musulmane, considéré comme *musulman*.

Un passage de Sidi-Khalil nous paraît significatif à cet égard. Sidi-Khalil n'attache de conséquence à l'abjuration religieuse d'un musulman, que si cette abjuration est faite par un majeur. Il n'y a, semble-t-il, d'après Sidi-Khalil que le majeur qui puisse être traité de renégat. Cf., Sidi-Khalil, *Précis de jurisprudence musulmane*, traduction Perron, t. V, p. 505.

On ne saurait nier l'importance de cet effet général ; on ne saurait nier non plus le caractère extraordinaire de la mission qu'il oblige le juge à remplir. Nous estimons en effet que tout juge devant qui sera soulevée l'incompétence de la loi musulmane, à raison de la conversion, devra constater la véracité du fait allégué, devra constater la dite conversion. Le juge qui d'une manière générale n'a jamais à s'immiscer dans les questions religieuses, est bien forcé ici de passer outre à la règle ! Par les temps modernes de laïcisation à outrance, c'est tout au moins un phénomène curieux !

§ 3. — Droit pénal

Quel va être l'effet de la conversion d'un indigène musulman, au christianisme, en ce qui concerne la législation pénale qui lui est applicable ?

Nous avons dans notre introduction donné un aperçu très bref du régime pénal auquel est soumis l'indigène musulman. Il convient de présenter quelques notions plus précises de ce régime, avant d'essayer de répondre à la question que nous venons de poser.

Au point de vue pénal, la situation de l'indigène musulman peut se formuler ainsi : sur le régime normal qui lui est applicable, comme à tout individu résidant en territoire français, sont venues se greffer

trois anomalies : 1° l'indigène musulman est soumis à un régime tout à fait extraordinaire, connu sous le nom de *régime de l'indigénat* ; 2° des délits spéciaux ont été créés à l'adresse de cet indigène ; 3° des peines et des rigueurs spéciales dans l'exécution des peines, ont été édictées contre lui.

Le *régime de l'indigénat* est commun aux territoires de commandement et aux territoires civils. C'est un régime de répression tout particulier et « peu conforme aux principes de notre droit pénal moderne » (Larcher).

Dans les territoires de commandement et aussi maintenant (1) dans les territoires du Sud, le régime de l'indigénat est réglementé par un arrêté du Gouverneur général du 24 novembre 1874. (Estoublon et Lefébure, p. 443.)

1. ... *Et aussi maintenant...* L'expression appelle une explication. Une loi du 22 décembre 1902 a créé les « territoires du Sud ». Avant cette loi, les territoires du Sud étaient une partie des territoires de commandement. La loi qui a opéré cette scission a certainement eu en vue une séparation administrative et budgétaire, ni plus, ni moins. Elle n'a pas considéré qu'une séparation judiciaire s'en suivrait. Il s'est alors produit un phénomène assez extraordinaire; pas plus que les conseils de guerre, les commissions disciplinaires, les commandants militaires et les chefs indigènes n'avaient possibilité d'exercer leurs pouvoirs répressifs sur les territoires du Sud. C'était là une lacune très grande. Cette lacune est aujourd'hui comblée par un décret du 13 février 1909. Cf. sur cette question un article de M. Larcher. *La justice répressive dans les territoires du Sud*, R. A., 1909, 1^{re} partie.

L'anomalie consiste dans ce fait que la répression est confiée à des autorités qui n'ont rien de l'ordre judiciaire : des commissions disciplinaires, des commandants militaires et des chefs indigènes. L'anomalie consiste encore dans ce fait que si l'on a indiqué soigneusement les peines qui peuvent être infligées, on n'a jamais donné aucune définition des infractions punissables ; c'est l'indécision, c'est l'arbitraire. C'est ainsi qu'aux commissions disciplinaires sont déferés non seulement les crimes et délits qu'il est impossible de renvoyer devant les conseils de guerre (qui constituent la juridiction normale) mais encore les *actes d'hostilité* ! De même il appartient aux commandants militaires de réprimer directement les contraventions de police, les *fautes* (1) commises dans le service militaire ou administratif, les *méfaits* (1) et délits dont l'importance ne dépasse pas 50 francs. Enfin, il appartient aux chefs indigènes de frapper d'amende leurs congénères, pour contraventions de police ou *manquement* (1) de minime importance (1).

En ce qui concerne le territoire civil, il faut séparer les communes mixtes des communes de plein exercice.

Dans les communes mixtes, le régime de l'indigé-

1. M. Larcher considère que le décret du 14 novembre 1874 d'où découle toute cette législation est illégal. Cf. *Traité élémentaire de législation algérienne*, t. 1, p. 730, note 1 et t. 2, p. 104, note 1.

nat n'est autre chose que la mise en vigueur d'un véritable code de l'indigénat comprenant 26 infractions et cela, par application de la loi du 21 décembre 1897. L'anomalie du régime provient ici de ce que la répression est confiée à des fonctionnaires de l'ordre administratif, les administrateurs de communes mixtes et de ce fait que, si la répression des infractions limitativement énumérées au code de l'indigénat, se fait au moyen de peines de simple police, ces peines peuvent être transformées par l'administrateur en prestations en nature.

Dans les communes de plein exercice, la répression de certaines infractions spéciales est confiée aux juges de paix ; le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires est donc respecté ; mais l'anomalie provient de ce que ce système puise son origine dans les décrets du 29 août et 11 septembre 1874 (1) et qu'en conséquence les infractions spéciales à l'*indigénat* sont ici déterminées par des arrêtés préfectoraux (Cf. art. 17. D. 29 août 1874). C'est l'arbitraire dans toute son horreur qui est encore possible ici (2).

A côté des infractions spéciales se rattachant au

1. Estoublon et Lefébure, pp. 437 et 442

2 Cependant, en fait, les infractions qui sont ainsi réprimées sont les mêmes que celles portées au code de l'indigénat et réprimées par les administrateurs de communes mixtes.

régime de l'indigénat, il est d'autres infractions qui doivent être mentionnées également à propos de la situation particulière des indigènes musulmans au point de vue pénal. Elles se rapprochent du droit commun en ce qu'elles sont tout à fait analogues comme définition et comme répression aux infractions de notre droit pénal. Elles diffèrent cependant des infractions de droit commun parce qu'elles sont propres à une seule catégorie de la population algérienne, les indigènes (1).

Enfin et en troisième lieu, l'indigène musulman est soumis à un régime spécial au point de vue pénal en ce sens que des peines lui sont propres, telles que l'internement, l'amende collective, le séquestre, et que l'on use envers lui de certaines rigueurs dans l'exécution ou dans la détermination des peines : ainsi il peut être transporté en France pour y subir toute peine excédant six mois d'emprisonnement ; ainsi,

1. Dans cette catégorie, il nous faut citer : 1° l'infraction qui résulte du décret du 12 décembre 1851. Les indigènes ne peuvent acheter ni armes ni munitions sans une autorisation préalable. La détention et la circulation d'armes et de munitions sont également prohibées et punies.*

2° L'infraction qui résulte de la loi du 17 juillet 1874 (Est. et Leféb., p. 434) et de l'arrêté du gouverneur général du 6 juillet 1881 (Est. et Leféb., p. 554). Les indigènes avoisinant le domaine forestier sont astreints pendant la période de sécheresse à un service spécial de postes-vigies. L'inexécution de cette charge est réprimée par des peines correctionnelles.

on doit lui refuser les circonstances atténuantes pour certaines infractions (1).

Revenons maintenant à la question qui nous intéresse: ce régime de droit pénal est-il applicable aux indigènes musulmans après leur conversion au christianisme ?

M. Larcher qui a abordé la question, l'a tranchée à l'aide du principe d'interprétation rigoureuse qui est la règle en matière pénale: *pœnalia non sunt extendenda*. Il invoque donc avant tout les textes et ses solutions découlent étroitement des termes (2).

En ce qui concerne le *régime de l'indigénat* par exemple, l'auteur considère que l'indigène catholique doit y être soumis en commune de plein exercice parce que les décrets du 29 août et 11 septembre 1874 y soumettent « les indigènes non naturalisés », termes qui comprennent évidemment le musulman converti; mais que par contre, la solution ne saurait être la même en commune mixte car l'article 1^{er} de la loi du 21 décembre 1897 ne donne pouvoirs aux administrateurs qu'à l'égard des « indigènes *musulmans* non naturalisés » et des étrangers musulmans;

1. Cf. ordonnance du 26 septembre 1842, art. 47 et 48. Notons dans le même sens que l'indigène est toujours en matière pénale, justiciable de juridictions spéciales. Nous étudierons la question dans notre paragraphe 4.

2. Cf. *Effets juridiques d'un changement de religion en Algérie*, dans le *Journal du droit international privé*, année 1908, p. 989.

que la solution doit être la même en territoire de commandement pour les « commissions disciplinaires » parce que l'arrêté du Gouverneur Général du 14 novembre 1874 dans son article 13 relatif aux pouvoirs des commissions disciplinaires parle des « actes d'hostilité, crimes et délits commis... par des indigènes... *non naturalisés citoyens français* », mais non plus pour les « commandants militaires » car l'article 25 parle « d'indigènes *musulmans non naturalisés français* ».

Par ailleurs, pour les mêmes territoires, comme l'article 26, qui donne pouvoirs aux chefs indigènes, ne précise rien, M. Larcher, donnant une solution qui lui paraît rationnelle, soustrait l'indigène catholique à ces pouvoirs, etc... etc...

Et ainsi, l'auteur ne donne pas *une* réponse à la question, il en donne toute une série.

Nous ne pouvons nous rallier à cette manière de voir. Nous estimons qu'un indigène musulman ne peut jamais par sa conversion se créer une situation juridique différente de celle que le législateur lui a assignée, au point de vue pénal. Un indigène musulman, au point de vue pénal comme au point de vue politique ne peut échapper à la législation qui lui est *imposée* (cf., introduction page 32), que dans les cas et les circonstances qui ont été visés par le législateur; cet indigène peut bien par un acte volontaire changer sa situation juridique sous ce rapport mais

il ne le peut que par un acte de volonté bilatéral ; il faut que la loi ait entendu attacher des effets de droit à cet acte : nous faisons allusion à la naturalisation. Jamais cet indigène ne pourra changer sa situation juridique au point de vue pénal, par un acte purement volontaire auquel le législateur n'a pas voulu reconnaître d'effets juridiques : la conversion par exemple.

C'est, semble-t-il, s'en tenir aux mots et négliger les réalités que de dire : Un indigène musulman qui s'est converti au christianisme est désormais quel-qu'un de tout différent, c'est un indigène chrétien. — Un indigène musulman converti au christianisme est toujours un indigène et toute la législation qui est attachée à *sa qualité d'indigène et non de musulman* subsiste (1). (Cf. Introduction, p. 32.)

1. Nous pensons que ce n'est pas faire violence au principe d'interprétation rigoureuse en matière pénale que d'essayer de découvrir derrière les mots les réalités. Ce que veut dire la règle *pœnalía non sunt extentenda*, c'est qu'en matière pénale, à la différence de ce qui se passe en matière civile, on ne peut raisonner par voie d'analogie ou d'identité de motifs. Mais cela ne veut pas dire que l'on doit prendre un texte à sa lettre et l'interpréter rigoureusement et nécessairement selon le sens ordinaire, le sens courant des mots. Les mots d'un texte signifient toujours quelque chose ; mais les expressions employées sont souvent imprécises ou quelquefois incorrectes. Or, nous pensons qu'il n'est pas interdit d'en extraire le sens exact, même en matière pénale. Ce que signifie selon nous la règle *pœnalía non sunt extentenda*, c'est qu'une fois ce sens extrait, une fois la situa-

Ce serait la méconnaissance absolue des *principes fondamentaux qui sont à la base de tout le droit français* que de décider qu'une conversion religieuse, acte essentiellement extra-juridique et purement volontaire, puisse faire échapper un individu au système de droit pénal qui le régit. Toutes les dispositions de droit pénal sont par excellence des disposi-

tion visée par le texte déterminée, on ne peut étendre les dispositions du texte à une situation analogue, mais qui n'a pas été visée par le législateur.

En particulier pour la question qui nous occupe, ce serait faire violence aux principes d'interprétation du droit pénal, que d'étendre un texte visant un « indigène musulman » à un étranger musulman, Marocain ou Tunisien, sous prétexte qu'il y a les mêmes raisons de l'appliquer. Mais ce ne serait pas faire violence au principe *pœnalía non sunt extenda* que d'extraire de l'expression « indigène musulman » la pensée du législateur, de façon à ne pas lui faire dire une petite monstruosité. Or, il est avéré, il est manifeste que le législateur en parlant « d'indigènes musulmans » n'a pas eu en vue la religion musulmane. La religion musulmane n'a été prise en considération qu'en *matière civile*, et ce n'est, selon nous, que pour distinguer « l'indigène musulman » de « l'indigène israélite » au point de vue de la *législation civile*, qu'on a forgé les deux expressions « indigène musulman », et « indigène israélite ». Lorsqu'un texte de droit pénal parle d'indigènes musulmans, c'est en réalité comme s'il parlait « d'indigènes » ; le mot musulman n'a aucun sens en la circonstance ; et il en a d'autant moins que depuis 1870, légalement, il n'y a plus d'indigènes juifs et que les seuls indigènes qu'il y a, sont nécessairement des indigènes musulmans. Si le mot musulman figure près du mot indigène, il ne signifie plus rien ; il n'y figure que par une sorte d'habitude ; à la place d'indigène musulman, il faut lire « indigène ».

tions d'ordre public ; or les dispositions d'ordre public ne sont pas une faculté ; elles sont impératives, elles s'imposent à tous ceux qui ont été par elles visés, tant qu'il n'en a pas été décidé autrement par le législateur, sans que personne puisse délibérément s'y soustraire.

Ainsi nous donnons la formule suivante : La conversion d'un indigène musulman au christianisme ne peut avoir pour effet d'influencer la législation pénale à laquelle il est soumis.

§ 4. — Juridictions.

Un fait s'impose à nous ; il existe en Algérie des juridictions tant civiles que pénales auxquelles l'indigène musulman *peut* s'adresser, ou auxquelles il est *nécessairement* soumis.

Ceci posé, un problème surgit. Est-ce que l'indigène musulman après sa conversion au christianisme, continuera à pouvoir invoquer ces juridictions ou à leur être soumis ? C'est ce problème que nous allons essayer de résoudre. Nous allons étudier la question, d'une part, en ce qui touche les juridictions civiles, d'autre part, en ce qui touche les juridictions pénales.

A. — *Juridictions civiles.* — Une idée fondamentale et très simple va nous servir de guide : il n'y a de juridictions civiles propres à l'indigène musulman

que parce qu'on lui a maintenu le droit d'invoquer la législation musulmane. Si l'indigène musulman peut s'adresser à des juridictions civiles spéciales, c'est parce qu'il peut invoquer sa législation musulmane. « Religion, droit, justice se tiennent intimement dans la civilisation de l'Islam ; donc pour exécuter fidèlement les promesses faites en 1830, il faut laisser aux indigènes leurs lois et leurs tribunaux (1). » Nous estimons donc qu'en perdant sa religion, l'indigène musulman qui, par là, perd son droit musulman, perd en même temps le pouvoir de s'adresser aux juridictions civiles musulmanes. Par sa conversion au christianisme, un musulman s'interdit de ressortir d'une autre juridiction civile que la juridiction française pure et simple.

Voyons quelques applications pratiques de ce principe général.

On peut définir la justice civile musulmane en disant qu'elle comprend tous les litiges où les parties invoquent, parce que toutes « indigènes musulmans » la législation musulmane, que ce soit devant les cadis, les justices de paix, les tribunaux de première instance ou la cour d'appel (2). Chaque fois que les par-

1. Larcher. *Traité élémentaire*, t. I, n° 471.

2. Cf. sur cette question de la justice musulmane, le *Traité élémentaire de législation algérienne* de M. Larcher, t. I, n° 472 ou n° 520. Nous employons l'expression « indigènes musulmans » ; bien entendu nous croyons inutile d'ajouter : ou étrangers musulmans.

ties, bien qu' « indigènes mulsumans » solliciteront des juges de paix, tribunaux de première instance etc..., l'application de la législation civile française et cela en vertu du droit d'option qu'elles ont incontestablement, il n'y aura pas fonctionnement de la justice musulmane. De même, chaque fois qu'une juridiction susceptible de statuer en matière musulmane sera saisie d'un point litigieux de droit musulman où sera intéressé un Européen, ou un non musulman, elle sera incompétente en tant que juridiction musulmane et ne pourra statuer que comme juridiction française (1). Ceci compris, appliquons le principe que nous avons posé, en ce qui concerne les cadis et les juges de paix.

Les cadis sont restés les juges civils des indigènes musulmans dans une certaine mesure (2). Supposons, un cadi, compétent *ratione materiæ* pour trancher un litige porté devant lui et où est intéressé un indigène christianisé. Par application de ce que nous avons dit, le cadi devra se déclarer incompétent *ratione personæ*, en raison de la présence du converti. La cour d'Alger dans un arrêt du 26 fé-

1. Cf. Larcher. *Traité élémentaire*, t. I, du n° 472 au n° 520.

2. Dans les territoires de commandement il est resté juge de droit commun ; en territoire civil moins la Kabylie, le cadi n'a plus compétence que dans des matières déterminées ; en Kabylie il n'a plus aucune compétence.

vrier 1890⁽¹⁾ a fait une application très exacte des principes : « Attendu qu'aux termes de l'article 33 de l'ordonnance du 26 septembre 1842, les tribunaux français connaissent en Algérie, entre toutes personnes, de toutes les affaires civiles et commerciales à l'exception de celles dans lesquelles les *musulmans sont seuls parties* et qui continueront d'être portées devant le cadi....

« Attendu que l'on objecte vainement que s'agissant du règlement d'une succession musulmane le cadi était seul compétent aux termes des décrets du 10 septembre 1886 et 17 avril 1889 pour déterminer la qualité des héritiers et fixer la quotité de leurs parts héréditaires ; que sans doute l'article 7 du décret du 17 avril 1889 seul en vigueur aujourd'hui réserve expressément aux cadis la connaissance des contestations relatives au statut personnel et aux droits successoraux ; mais que pour être sainement entendu, cette disposition doit être exclusivement limitée aux successions *dans lesquelles toutes les parties sont des indigènes musulmans, etc.* »

Quant aux juges de paix, ils ont en Algérie un double caractère ; en outre de leur qualité de juges civils du degré inférieur, ils ont qualité de juges musulmans. Il faut même dire que le juge de paix est

1. R. A., 1890.2.319.

le juge musulman par excellence (1). Comme tel, le juge de paix ne pourra pas évidemment statuer si les parties en cause ne sont pas musulmanes. Nous estimons que si une des parties est précisément cet indigène chrétien dont nous étudions la situation juridique, le juge de paix devra se déclarer incompétent en tant que juge musulman, et ne pourra examiner la question litigieuse que comme juge français. Ce n'est pourtant pas dans ce sens que s'est prononcée la pratique judiciaire dans la commune de Attafs ; il paraît qu'au cas de procès civil entre un indigène catholique et un indigène musulman non naturalisé, le litige est jugé en audience musulmane. Nous ne pouvons que regretter vivement cette pratique.

B. — *Juridictions pénales.*

La même idée qui a présidé à l'élaboration de la législation spéciale applicable à l'indigène musulman en matière pénale, a amené depuis quelques années la création de juridictions répressives spéciales pour lui appliquer même le droit pénal commun, celui édicté par le Code pénal.

1. Larcher. *Traité élémentaire*, t. I, p. 685, n° 494 : « Aujourd'hui en vertu du décret du 17 avril 1889 qui n'a fait que reproduire sur ce point le décret de 1886, le juge de paix est le juge de droit commun en matière musulmane ; il a plénitude de juridiction puisqu'il peut statuer même sur les matières réservées aux cadis toutes les fois que les parties sont d'accord pour lui soumettre leur différend ou que son incompétence n'est pas soulevée *in limine litis*. » » ;

En territoire civil, pour les crimes fonctionnent les *cours criminelles* (1), pour les délits *lestribunaux repressifs indigènes* (2), pour les contraventions (du moins en communes mixtes) les *administrateurs* (3).

Ajoutons qu'en territoire militaire, les conseils de guerre ont toujours eu compétence.

Est-ce que par sa conversion au christianisme l'indigène musulman ne va pas échapper à ces juridictions ? Telle est la question qui nous intéresse.

Il nous faut faire application de principes déjà exprimés. Tout ce qui touche aux juridictions pénales est en réalité du droit pénal.

Et alors, peu nous importe que l'article 1^{er} de la loi du 30 décembre 1902, créatrice des cours criminelles, et que l'article 1^{er} du décret du 9 août 1903, créateur des tribunaux répressifs, etc., parlent *d'indigènes musulmans*. Nous affirmons que jamais la conversion d'un indigène musulman au christianisme ne pourra avoir pour conséquence de soustraire cet indigène aux juridictions répressives spéciales, sous prétexte que les textes créant ces juridictions parlent *d'indigènes musulmans*.

1. Loi du 30 décembre 1902, Estoublon et Lefébure. *Supplément*, année 1902, p. 149.

2. Décret du 9 août 1903, Estoublon et Lefébure. *Supplément*, année 1903, p. 229.

3. Décret du 9 août 1903, (art. 28), Estoublon et Lefébure. *Supplément*, année 1903, p. 229.

Nous répétons ce que nous avons dit : décider que la conversion au christianisme opère un pareil changement ce serait attacher aux religions un caractère que ne leur a jamais reconnu le législateur, pas même à la religion musulmane. Nous savons ce qu'il faut entendre par « indigènes » ; ce sont tous les sujets algériens devenus Français par l'annexion. Et les indigènes musulmans ne sont autres que ceux de ces nouveaux Français qui professaient à l'époque de l'annexion la religion musulmane et pour lesquels on a maintenu en partie le *statu quo* à raison de cette religion qu'ils avaient.

Leur religion a eu pour conséquence une faveur en ce qui concerne la législation civile ; leur qualité d'*indigènes* a eu pour conséquence une sorte de défaveur en matière pénale et politique.

Que l'abjuration de leur religion puisse avoir une conséquence en matière civile, cela se conçoit ; qu'elle puisse en avoir une pour la question qui nous occupe, c'est inconcevable. Lorsque l'on a employé l'expression « indigène musulman » dans les textes de droit pénal, on n'a certainement pas voulu attacher une portée spéciale au mot *musulman* : il n'y a pas un homme sensé qui, au xx^e siècle, aurait l'impudence de décider qu'il faut frapper d'une manière particulière un individu, parce qu'il croit à Mahomet plutôt qu'au Christ. L'expression « indigène musulman » avait autrefois sa raison d'être ; jusqu'au 24 octobre 1870,

elle a servi à distinguer l' « indigène musulman » de l' « indigène juif », au point de vue civil. Aujourd'hui le rapprochement du mot musulman du mot indigène ne signifie plus rien, c'est une véritable superfétation.

Ce qui le prouve d'ailleurs, c'est que les textes parlent indifféremment d' « indigènes » et d' « indigènes musulmans ». Ainsi le décret du 9 août 1903 est « relatif à la réorganisation des tribunaux répressifs *indigènes* en Algérie ». Ainsi le même décret, article 28, dispose : « Dans les communes mixtes, les infractions de simple police commises par les *indigènes*, seront jugées dans les formes employées pour la repression des infractions à l'indigénat. » Au contraire, le même texte article 1^{er} parle « *d'indigènes musulmans* non naturalisés ». Nous pourrions multiplier les exemples... Et il est curieux de voir que le mot musulman, véritable inutilité, ne se trouve accolé au mot indigène que lorsque l'expression « indigène musulman » est immédiatement suivie de l'expression « étranger musulman ».

Il semble que le mot musulman qui qualifie le mot étranger et qui est alors nécessaire, attire lui-même le mot musulman... Cela ne saurait tirer à conséquence.

En résumé, l'indigène musulman reste après sa conversion au christianisme, quant aux juridictions répressives, dans la même situation qu'auparavant. Sa conversion est ignorée du législateur.

Et c'est pourquoi nous applaudissons à la solution donnée par la cour d'Alger le 5 novembre 1903 (1). Elle a admis la compétence des tribunaux répressifs à l'égard d'un indigène musulman converti au catholicisme, parce que, d'une part, « la disposition de l'article 1^{er} du 9 avril 1903 qui soumet à la juridiction des tribunaux répressifs indigènes, les délits commis par des musulmans est générale dans ses termes et ne comporte d'autre exception que celle spécifiée dans le même article et exclusivement personnelle aux musulmans naturalisés, lesquels demeurent justiciables des tribunaux correctionnels proprement dits », et d'autre part, « le terme musulman n'a pas un sens purement confessionnel ; il désigne l'ensemble des individus d'*origine* musulmane qui, n'ayant pas été admis au droit de cité ont nécessairement conservé leur statut personnel musulman sans qu'il y ait lieu de distinguer s'ils appartiennent ou non au culte musulman. »

Nous regrettons seulement que l'arrêt n'ait pas été mieux motivé.

La cour a employé d'abord un argument *a contrario* pour décider que seuls les indigènes musulmans naturalisés ne sont plus justiciables des tribunaux répressifs. C'est un procédé qui n'est pas toujours scientifique et souvent aventureux ; elle aurait

1. R. A., 1904.2.25.

pu arriver au même résultat en rappelant que le droit est indépendant de la religion et qu'on ne saurait attacher à la religion un effet qui n'est attaché par le législateur qu'à la naturalisation; qu'en conséquence, seuls les indigènes musulmans naturalisés ne sont plus justiciables des tribunaux répressifs indigènes.

Elle a ensuite décidé que l'indigène musulman conservait son statut personnel musulman, sans qu'il y ait lieu de distinguer s'il appartenait ou non au culte musulman. Nous ne partageons pas cette manière de voir (cf. notre § 2, de la section présente).

Mais par ailleurs, nous estimons qu'il n'y a rien de plus judicieux, de plus conforme aux données de l'histoire, et par conséquent à l'esprit de la législation algérienne, que le langage de l'arrêt lorsqu'il dit que « le terme musulman n'a pas un sens purement confessionnel » et qu' « il désigne l'ensemble des individus *d'origine musulmane qui n'ont pas été admis au droit de cité* ». C'est bien là notre conception. Et nous ne pouvons pas approuver la critique de M. Larcher lorsque sur le ton incisif qui lui est coutumier, il oppose Littré à la cour pour savoir quel est le sens exact du mot musulman (1). Nous ne contestons pas que Littré soit un philologue infiniment plus compétent que la cour d'Alger. Mais pour

1. Cf. la note de M. Larcher, sous l'arrêt rapporté dans R. A., 1904 2.25.

savoir quelle est la valeur d'un mot dans un texte, ce n'est plus de philologie qu'il s'agit, mais d'interprétation juridique. Or, si le philologue Littré l'emporte sur la cour pour déterminer le sens étymologique d'un mot, les juristes de la cour d'Alger l'emportent certainement sur Littré pour déterminer le sens juridique du même terme. En particulier, dans l'arrêt dont nous nous occupons, la cour n'a jamais voulu nous apprendre que le mot musulman n'avait pas d'une manière absolue un sens confessionnel. Elle a simplement voulu déterminer le sens du mot dans le texte spécial qu'il s'agissait d'interpréter. Et nous estimons que la cour en rejetant le sens confessionnel, a bien interprété !

La conclusion que nous donnons est donc la même, pour les juridictions repressives que celle que nous avons donnée dans notre paragraphe 3. La conversion d'un indigène musulman au christianisme n'apporte aucun changement relatif aux juridictions repressives auxquelles il était soumis. (1)

1. Nous avons volontairement négligé d'étudier la question pour les territoires de commandement. Il n'y a presque rien à en dire. Ici il est de toute évidence que la formule que nous donnons en conclusion, est exacte. En effet les conseils de guerre forment en territoire de commandement, la juridiction de répression normale ;

n'y a que deux catégories d'individus qui soient soustraits à sa compétence : les *Européens* et les *Juifs*. L'indigène musulman qui dépend des conseils de guerre, en dépend encore après sa conver-

Ainsi, quatre paragraphes durant, nous avons recherché quels pouvaient être les effets juridiques de la conversion d'un indigène musulman au christianisme tant au point de vue politique, qu'aux points de vue civil et pénal, qu'au point de vue des juridictions à lui spéciales.

Nous allons dans une section deuxième envisager la conversion du même indigène, au judaïsme.

SECTION II

Il se convertit au judaïsme.

A s'en tenir aux mots, il faut dire : cet indigène est désormais un indigène israélite ; or, les indigènes israélites ont été déclarés citoyens par le décret du 24 octobre 1870 dit décret Crémieux ; donc cet indigène est désormais citoyen.

S'il en était vraiment ainsi, nous aurions le plus bel exemple de la force juridique d'un changement de religion en Algérie.

Ce raisonnement a été tenu par M. Larcher (1) ; il ne nous séduit pas.

sion; Cf. Ordo., du 26 septembre 1842, art. 42, Estoublon et Lefébure, p. 22; D. du 15 mars 1860, art. 1^{er}, Estoublon et Lefébure, p. 241.

1.; Cf. *Effets juridiques du changement de religion en Algérie*, dans *Journal du droit international privé*, 1908, p. 999.

Il est bien vrai en effet que le texte de 1870 parle d'indigènes israélites, mais il a désigné en parlant d'israélites indigènes toute la race juive d'Algérie qui était devenue française par l'annexion et à qui l'on avait fait une situation spéciale, à qui on n'avait pas conféré les droits de citoyen, tout en lui laissant la faculté d'user de la loi mosaïque en matière civile.

Il n'y a que ceux ou les descendants de ceux qui sont devenus indigènes israélites par l'annexion, qui ont été dans l'esprit du législateur déclarés citoyens (1); ce ne sont pas ceux ou les descendants de ceux qui sont devenus indigènes musulmans ! Décider que la seule adoption de la religion juive entraîne pour l'indigène musulman un pareil changement, c'est donner à la religion juive une force qu'elle n'a jamais eue. D'une manière générale, le législateur a ignoré la religion juive tout comme la religion musulmane. (Cf., introduction, page 36.)

D'ailleurs il y a contre la solution que nous repoussons une raison décisive.

Le sénatus-consulte du 14 juillet 1865 a prévu un

1. Nous disons, « dans l'esprit du législateur » ; il nous semble en effet avéré que les promoteurs du décret du 24 octobre 1870 ont voulu élever au droit de cité tous les indigènes israélites qui à cette époque étaient soumis au sénatus-consulte du 14 juillet 1865. Tous ceux-là devraient donc être, de nos jours, citoyens français. Mais un décret du 7 octobre 1871 est venu restreindre les effets du décret du 24 octobre 1870. Cf. *infra*, p. 213, note 4.

moyen pour l'indigène, à qui il est *interdit* de se prévaloir de la qualité de citoyen, d'accéder au droit de cité. Ce moyen *seul et unique*, c'est la naturalisation. L'indigène musulman qui veut devenir citoyen doit remplir certaines conditions (Cf. du 21 avril 1866); Ces conditions sont une garantie pour la métropole : il eût été dangereux d'élever n'importe qui à la jouissance de tous les droits civils et politiques et on a voulu pouvoir refuser cette faveur, à ceux qui n'en seraient pas dignes.

C'est pour cela que tout moyen autre que la naturalisation, pour sortir de sa situation spéciale, est rigoureusement interdit à l'indigène.

C'est semble-t-il, méconnaître l'esprit et la lettre du sénatus-consulte du 14 juillet 1865 que d'attribuer à la simple conversion la vertu que lui attribue M. Larcher.

Donc l'indigène musulman converti au judaïsme est toujours un indigène ; il n'est pas un citoyen.

Mais quelle va être désormais sa situation juridique ? A cette question, les développements de notre section précédente vont nous permettre de donner des réponses rapides.

D'abord, au point de vue politique, la question est tranchée ; l'indigène n'est pas devenu citoyen ; il n'a ni plus ni moins les mêmes droits et les mêmes devoirs.

Au point de vue pénal, la même solution que nous

avons donnée pour la conversion au christianisme (§ 3 et 4) s'impose pour les mêmes raisons.

En sorte que nous n'avons et ne pouvons avoir de conséquences juridiques à rattacher à cette conversion qu'en ce qui concerne la législation civile. Pour toutes les raisons que nous avons indiquées, § 2, p. 123-130 l'indigène musulman ne pourra plus invoquer les lois coraniques.

Mais ne pourrait-on attacher à cette conversion au judaïsme, une conséquence que l'on ne saurait attacher à la conversion au christianisme ? Ne pourrait-on pas dire, que l'indigène qui vient de perdre sa loi musulmane a acquis la loi mosaïque, puisque la religion juive est en même temps une législation ?

Non évidemment. Pour écarter cette conséquence, il est facile d'invoquer deux raisons également probantes.

La première, c'est que la loi mosaïque ne peut plus s'appliquer en Algérie. Deux décrets ont en effet abrogé toutes les dispositions du sénatus-consulte du 14 juillet 1865 réservant l'application de cette loi : le décret Crémieux (*in fine*), et un décret du même jour, relatif à la naturalisation (art. 5). (Cf. Estoublon et Lefébure, page 375.)

La deuxième raison est que, même si l'on admettait encore l'application de la loi mosaïque en Algérie, il faudrait réserver cette loi juive aux seuls individus auxquels le législateur avait entendu la con-

server, c'est-à-dire, aux seuls Juifs algériens qui étaient devenus Français par l'annexion. (Cf. introduction pp. 36, 37, 38.)

La conversion au judaïsme, même en matière civile, même lorsqu'elle s'opère chez un indigène musulman, reste ignorée du législateur.

Pour nous résumer, nous dirons : la conversion d'un indigène musulman au judaïsme produit en matière civile, un effet juridique général et négatif ; dans toutes les matières où cet indigène pouvait invoquer la loi musulmane il ne pourra plus désormais invoquer que la loi française. C'est le même effet que celui que nous avons reconnu à la conversion au christianisme.

D'ailleurs, comme pour la conversion au christianisme, il nous faut dire, que nous pourrions ici construire les mêmes hypothèses relatives aux successions et à la tutelle ; elles mettraient en évidence les mêmes conséquences (Cf. p. 52 et s.).

Avec cette deuxième section nous avons achevé le chapitre que nous avons consacré à la question de savoir si l'abjuration par un indigène musulman de sa foi islamique, devait rester dans le domaine purement religieux, ou si au contraire, elle devait avoir des conséquences juridiques. Avant d'aborder le problème, nous avons pensé, à raison même de la nature particulière de la religion de Mahomet, que cette conversion ne saurait pas être une simple ma-

nifestation religieuse. Invoquant les principes de la législation algérienne, invoquant aussi la législation musulmane, nous avons, au cours des développements que nous venons de donner, vu se préciser ce qui n'était guère pour nous qu'un pressentiment, au point de pouvoir dire que nous possédons maintenant une conviction : La conversion d'un indigène musulman soit au christianisme, soit au judaïsme dépasse le domaine purement religieux.

CHAPITRE II

Un « étranger musulman » abjure sa religion.

Nous appelons ici « étrangers musulmans », tous les étrangers professant la religion musulmane et originaires des pays islamiques (Maroc, Tunisie etc.)(1).

Ces étrangers, régulièrement, ne devraient pouvoir être traités en Algérie que comme tels. Notamment,

1. Nous donnons dans ce chapitre un sens étroit à l'expression « étranger musulman ». En effet, nous pensons que d'une manière générale, l'expression « étranger musulman », désigne tout étranger originaire des pays à civilisation islamique, par opposition à l'étranger appartenant à une souveraineté européenne.

Les étrangers musulmans ont été assimilés, nous l'avons dit, à l'indigène musulman, et au point de vue civil, et au point de vue pénal dans une certaine mesure. Lorsqu'il s'agit de droit civil il est manifeste que seuls parmi ces étrangers ceux qui professent la religion musulmane ont été assimilés à nos indigènes musulmans. Mais nous croyons qu'en matière pénale, pas plus ici que pour l'indigène, on a pris en considération une religion. Et l'expression étranger musulman qui figure dans un texte de droit pénal est selon nous entendue dans son sens large ; elle signifie : étranger originaire d'un pays à civilisation islamique et comprend à notre avis un juif aussi bien qu'un musulman. Par exemple, un Marocain juif est d'après nous justiciable des juridictions répressives spéciales...

la loi musulmane qui est leur loi civile ne devrait s'appliquer que dans les termes du droit international, c'est-à-dire qu'autant qu'elle ne serait pas en contradiction avec nos règles d'ordre public : ainsi, un Marocain ne devrait pas pouvoir pratiquer la polygamie en Algérie. De même en ce qui touche le droit pénal, il faudrait régulièrement dire que le droit pénal français commun, devrait seul les régir. Enfin, il faudrait conclure à l'impossibilité pour eux d'avoir aucun droit politique.

Or, nous le savons, telle n'est pas leur situation ; le législateur français a encore ici dérogé aux principes de droit commun.

D'abord en ce qui concerne le droit civil, le décret du 10 septembre 1886 reproduit par celui du 17 avril 1889 a complètement assimilé « l'étranger musulman » à l'indigène musulman.

Comme lui, il est régi par la loi musulmane dans les matières énumérées, et d'une manière absolue (art. 1, D. 17 avril 1889). Mais comme lui, pour tout le reste de son droit civil, il est régi par la loi française ; la loi française pour lui comme pour l'indigène est donc la loi normale.

Sous ce rapport, l'étranger en question est donc assimilé à l'indigène ; mais il lui est encore assimilé au point de vue pénal par plusieurs textes : loi du 30 décembre 1902, décret du 9 août 1903, loi du 24 décembre 1904.

Au point de vue politique, la situation normale a été respectée, aucune assimilation n'a eu lieu ; l'étranger musulman n'a pas de droits politiques.

Quels vont être les effets d'une abjuration de la part d'un étranger de cette catégorie ?

SECTION I

Conversion au christianisme.

Pour les droits politiques, il est de toute évidence qu'aucun changement ne se produira : nous n'avons pas à insister.

Mais au point de vue civil, quelle va être la situation ? Ici la question n'est plus aussi facile à résoudre ; l'étranger n'est plus musulman ; il a rompu avec tout ce qui tenait au culte musulman, et en vertu de l'assimilation produite par le décret du 17 avril 1889, il se trouve dans une situation absolument identique à celle de l'indigène musulman converti au christianisme. La législation musulmane ne lui est désormais plus applicable. Tout naturellement comme conséquence, toutes les juridictions musulmanes auxquelles il pouvait avoir recours deviennent désormais incompétentes.

Quid pour le droit pénal ? En ce qui touche les dispositions spéciales applicables à cet étranger, il faut

répéter ce que nous avons dit pour l'indigène musulman. Les textes sus-indiqués qui parlent *d'étrangers musulmans* ne peuvent cesser d'être applicables à un étranger musulman parce qu'il s'est converti. En décider autrement ce serait admettre que le législateur a eu en vue la religion musulmane, lorsqu'il a frappé certains étrangers plus rigoureusement que d'autres, ce qui n'est pas ; ce serait en outre décider qu'un individu a la liberté de se soustraire le plus facilement du monde, à des dispositions d'ordre public qui *s'imposent*, ce qui est inadmissible.

SECTION II

Conversion au judaïsme

Il faut encore mettre à part le point de vue politique ; rien ne changera dans la condition du converti sous ce rapport.

Mais que dire de la législation civile ? Le problème est assez délicat. Si l'étranger musulman n'avait pas une situation à part, s'il n'était pas assimilé à l'indigène, il faudrait dire : les règles du droit international vont s'appliquer ; or la situation de ce converti devra être telle, que s'appliqueront pour lui et dans la mesure du droit international privé, les lois civiles qui s'appliqueraient à lui dans son pays d'origine s'il s'y était converti.

Comme cette législation serait la loi juive, il faudrait dire que sa nouvelle loi civile ne devrait être autre que la loi mosaïque ; cette loi ne pourrait d'ailleurs s'appliquer en Algérie qu'autant qu'elle n'entrerait pas en conflit avec nos règles d'ordre public.

Mais, comme cet étranger est assimilé à l'indigène musulman il faudra ici, semble-t-il, appliquer les mêmes règles que celles que nous avons invoquées pour l'indigène musulman converti au christianisme ; d'où même solution : dans les cas où il était régi par le droit musulman, il est régi par la loi française ; les juridictions civiles françaises sont les seules compétentes, pour trancher un litige où il serait partie.

Au point de vue pénal, la solution est identique à celle donnée dans la section précédente. (1)

1. Cf. la note 1 de la page 194.

CHAPITRE III

Un indigène israélite abjure sa religion

Nous avons envisagé la situation créée à un « indigène musulman » par sa conversion au christianisme, et par sa conversion au judaïsme. Il nous faut maintenant envisager celle de l'indigène israélite dans des hypothèses analogues, c'est-à-dire lors de sa conversion au christianisme, ou lors de sa conversion à l'islamisme.

Mais il nous faut au préalable savoir exactement ce que nous appelons indigène israélite. Il peut paraître très extraordinaire qu'il y ait encore en Algérie des Israélites autres que les citoyens français ou les étrangers puisque, précisément, un décret du 24 octobre 1870, le célèbre décret Crémieux, est intervenu pour élever les indigènes israélites d'Algérie à la dignité de citoyens français. N'est-ce point un mythe que cet indigène juif dont nous voulons nous occuper dans ce chapitre ?

On a pu préteudre très énergiquement qu'il n'y a plus en Algérie d'indigènes juifs ; mais on a pu affir-

mer, avec une égale conviction que le décret Crémieux n'a point fait disparaître tous les indigènes israélites.

L'une et l'autre de ces deux conceptions sont le fruit de l'interprétation du décret Crémieux et d'un décret postérieur qui est venu le modifier, le décret du 7 octobre 1871.

Nous demander s'il y a encore des indigènes juifs, et ce qu'il faut entendre par là en cas de réponse affirmative, c'est donc essayer à notre tour de déterminer la portée des deux textes que nous venons de citer. Tâche ardue, qui a préoccupé plusieurs auteurs, et a suscité beaucoup d'écrits tous plus ou moins contradictoires. Ces difficultés ne sauraient nous rebuter ; nous pensons que le problème comporte une solution qui découle étroitement d'un examen attentif des textes et de leur esprit.

C'est cette solution que nous allons essayer de dégager dans une discussion que nous prévoyons assez longue et assez touffue.

La jurisprudence algérienne, n'a jamais hésité à admettre l'existence d'indigènes israélites, c'est-à-dire d'Israélites ayant la simple qualité de sujets pour n'avoir pas été touchés par le décret de 1870. Ce sont les Juifs qui peuplaient le Mzab, lors de son annexion à l'Algérie en 1882.

L'administration algérienne est dans le même sens ; elle va même plus loin, et traite comme indigènes

israélites tous les indigènes israélites qui n'ont pu conformément au décret du 7 octobre 1871, faire la preuve de leur indigénat et par conséquent tomber ainsi sous l'application du décret du 24 octobre 1870 (1).

En ce qui concerne les juifs mozabites, la pratique administrative et jurisprudentielle s'est trouvée appuyée par certains auteurs. Mais tous ne présentent en réalité qu'un seul argument en faveur de leur système, celui que l'administration et la jurisprudence ont fait valoir. Or, nous repoussons cet argument qui nous paraît bien fragile. Une lettre du garde des sceaux au ministre de l'Intérieur, en date du 7 novembre 1882, le formule très nettement.

« Il s'agit de savoir si le décret du 14 octobre 1870 doit nécessairement régir tous les territoires qui seront à une époque quelconque ultérieurement réunis aux départements algériens; or, je n'hésite pas à penser que, ainsi que l'indiquent d'ailleurs M. le gouver-

1. Pour la jurisprudence, cf. cour d'Alger, 25 février 1890, R. A., 1891.2.220; Conseil de préfecture d'Alger, 11 août 1890, R. A., 1891.2.399; cour d'Alger, 18 juillet 1907, R. A., 1909.2.228; tribunal de Mostaganem, 25 juillet 1898, R. A., 1898.2.436.

Pour l'administration, cf. les circulaires du Gouverneur du 1^{er} et 6 juin 1895 dans Estoublon et Lefébure, page 1035; du 12 décembre 1895, page 1058 et du 7 décembre 1897 dans Estoublon et Lefébure, supplément, année 1897, page 120.

neur général et M. le général chef de corps, le décret de 1870 n'a jamais eu cette portée. Il suffit pour s'en convaincre de se reporter à son texte. Il s'exprime ainsi. « Les israélites indigènes des départements de l'Algérie sont déclarés citoyens français ; leur statut réel et personnel, etc. » Quant à ceux qui en 1870 résidaient hors des départements de l'Algérie, et les habitants du Mزاب sont dans cette situation, ils sont sans droit pour réclamer l'application d'une disposition dont l'effet utile est actuellement épuisé. On comprend aisément qu'en 1870 l'intention du législateur n'ait pas été de faire une loi pour des contrées qui n'étaient pas encore françaises... Il résulte de l'examen qui précède que les indigènes israélites du Mزاب ne peuvent réclamer la qualité de citoyens français » (1).

On le voit, l'argument invoqué est que le décret du 24 octobre 1870 parle de « départements de l'Algérie » et non d'Algérie (2).

1. Estoublon et Lefébure, sous D. 24 octobre 1870, p. 373, note d. Rapportée aussi dans Larcher, *Traité élém.*, t. II, p. 25 ; Rapportée aussi dans Tissier, *De l'application du décret du 24 octobre 1870 sur les israélites indigènes de l'Algérie*, R. A., 1891.1.82.

2. Cf. Dunoyer, *Étude sur le conflit des lois spécial à l'Algérie* thèse Paris, 1888), p. 35 ; Besson, *La législation civile de l'Algérie*, p. 64 ; Charpentier, *Précis de législation algérienne et tunisienne*, nos 613-614.

La cour d'appel et le conseil de préfecture d'Alger n'ont pas hésité à formuler le même argument. Par une décision du 11 août 1890 le conseil de préfecture a décidé que : « ... le sieur Chilchportich Israël, israélite né au Mزاب en 1862 et par conséquent en dehors des départements de l'Algérie, ne saurait revendiquer le bénéfice du 24 octobre 1870 sur la naturalisation collective des israélites indigènes de ces départements. »

De même la cour dit dans un arrêt du 23 février 1890 : « Attendu que le décret du 24 octobre 1870 a accordé le titre de citoyen français aux israélites indigènes des départements de l'Algérie. Attendu qu'à cette époque, le Mزاب ne faisait partie d'aucun des trois départements de l'Algérie... Attendu que par suite les israélites nés dans le Mزاب, domiciliés dans ce pays ou sur le territoire algérien, étaient étrangers jusqu'au moment de l'annexion ; qu'à dater de cette annexion, ils sont devenus de simples sujets au même titre que les musulmans, etc... »

Nous repoussons résolument cette même et unique considération (qui est aussi celle des auteurs que nous avons cités) : les Mozabites israélites annexés en 1882 doivent échapper à l'application du décret du 24 octobre 1870 comme n'ayant pu être visés par ce décret qui faisait allusion aux départements de l'Algérie à l'époque.

Interpréter ainsi le décret Crémieux, c'est en effet

considérer ce texte comme instituant une naturalisation collective, la naturalisation en bloc des 35.000 indigènes israélites qui vivaient à cette époque sur le territoire algérien.

Or, nous croyons que le décret a une portée beaucoup plus large ; nous y voyons une véritable charte d'émancipation de la race juive, en Algérie, dont l'effet se prolonge dans l'avenir et dont le bénéfice est acquis à quiconque est israélite indigène. Cette opinion a été exprimée par plusieurs auteurs (1), par

1. Tissier, *De l'application du décret du 24 octobre 1870 sur les indigènes israélites de l'Algérie*, R. A., 1891.1.65 et suiv. ; Audinet, *La nationalité des Israélites algériens*, *Revue générale de droit international public*, année 1897, p. 495 ; Larcher, *Traité élémentaire de législation algérienne*, t. II, pp. 23-29 ; Sarrut, dans D. P., 1896.1. 361, colonne I. Si la thèse de M. Sarrut sur la question est la même que celle exprimée par M. Tissier, sa manière de la formuler diffère légèrement sur certains points de celle du savant professeur : « La théorie formulée dans la lettre de la chancellerie n'est qu'un pétition de principe. Il s'agit de savoir quelle est l'étendue d'application du décret du 24 octobre 1870 et la lettre ministérielle se borne en réalité à répondre que l'effet utile de ce décret doit être limité aux territoires qui faisaient au 24 octobre 1870 partie de l'Algérie. Mais un texte de loi s'applique à toutes les situations identiques à celles qu'il a réglementées, quelle que soit l'époque à laquelle ces situations se produisent... Le sénatus-consulte du 14 juillet 1865 est devenu incontestablement la loi des musulmans mozabites dès l'annexion ; pour quoi le décret du 24 octobre 1870 ne deviendrait-il pas dès l'annexion la loi des israélites mozabites ? Essaiera t-on de tirer argument de ces mots du décret de 1870 : « Les israélites indigènes des départements de l'Algérie sont déclarés citoyens français » pour en

M. Tissier notamment, avec une très grande vigueur. M. Tissier s'est appuyé très efficacement sur les travaux préparatoires du décret ; il a montré comment, dans l'esprit de Crémieux, le décret devait être une charte d'émancipation. Il lui a suffi pour cela de rappeler que M. Crémieux, lors de sa déposition devant la commission d'enquête du gouvernement de la Défense nationale, déclarait qu'il y avait une similitude parfaite entre la situation faite aux Juifs algériens par le décret de 1870 et celle faite aux Juifs français par la législation de la Révolution : « Ce que notre immortelle Assemblée de 1791 a fait pour les Juifs

conclure qu'un territoire qui ne fait pas partie d'un *département stricto sensu* échappe par cela même au décret de 1870 ? Mais par ces expressions départements de l'Algérie, le décret a visé l'Algérie tout entière, le territoire annexé placé sous notre dépendance. Il n'a pas pris le mot département dans un sens étroit pour exclure de l'application du décret la partie du territoire située hors du département. On sait qu'en Algérie dans la pratique administrative, département signifie territoire civil, province signifie territoire militaire... Les israélites mozabites font partie de l'Algérie tout comme les israélites originaires des provinces. Le même régime légal doit leur être appliqué. Telle était bien, du reste, l'intention du gouvernement quand l'annexion du Mزاب fut décidée. On lit en effet dans le rapport qui précède la décision du Président de République (Estoublon et Lefébure, code de l'Algérie, page 591) : Le gouvernement de la République française après un examen approfondi de la question a jugé que le moment était venu de faire rentrer les Mozabites dans la règle commune en prenant définitivement possession de leur pays et en les traitant *absolument comme les autres populations indigènes* des territoires de commandement en Algérie. »

de France, notre gouvernement de 1870 l'a fait pour les Juifs français de l'Algérie (1). » Le même langage devait d'ailleurs être tenu par le même homme politique, devant l'Assemblée Nationale le 21 mai 1874.

Devant des affirmations aussi claires, aussi peu équivoques, comment croire que le décret du 24 octobre 1870 n'ait été qu'une naturalisation collective des Juifs algériens ? Comment, en se basant sur ces trois mots « départements de l'Algérie » pouvoir dire que les familles juives qui, en 1870, résidaient hors des départements algériens — et c'était le cas des juifs du Mزاب — n'ont pu à aucune époque profiter du bénéfice de l'acte du 24 octobre ? Comment peut-on raisonnablement mettre en échec des déclarations aussi nettes, aussi probantes que celles de M. Crémieux à l'aide de ces simples mots ! Que signifient en effet ces mots ? Ont-ils véritablement une valeur propre ? Il est bien difficile de le croire.

Si le texte a parlé de départements de l'Algérie, cela tient évidemment à ce qu'il a été promulgué le même jour que le décret opérant la division du territoire algérien en départements (2). La raison d'être du terme département est bien simple et presque enfantine.

1. Rapporté dans Tissier. *De l'Application du décret du 24 octobre 1870 sur les indigènes israélites de l'Algérie*, dans *Revue algér.*, 1891.1.73.

2. Cf. Larcher. *Traité élémentaire de législation algérienne*, t. II, p. 29, n° 578, note 1.

Et c'est le cas de dire avec M. Tissier : « A la suite de l'annexion, la condition des musulmans du Mزاب a été réglée d'après les lois en vigueur en Algérie. Bien que le sénatus-consulte de 1863 ne vise que les musulmans indigènes d'Algérie, on n'a pas hésité à en étendre les effets à ceux du Mزاب... Peut-on écarter le décret de 1870 comme ne visant que les indigènes des départements algériens, pour conserver le sénatus-consulte qui ne vise que les indigènes de l'Algérie » (1) ? Par ailleurs, rien n'est plus judicieux que ces paroles de M. Larcher : « Un texte toujours en vigueur déclare citoyens français tous les israélites indigènes, c'est en restreindre arbitrairement la portée que d'ajouter « indigènes à la date du présent décret » ; de même, c'est une restriction arbitraire que de n'appliquer le décret de 1870 qu'aux territoires occupés à cette époque : par l'annexion, les territoires se trouvent régis par la législation de l'État annexant ; l'intention du législateur est toujours — sauf disposition expresse manifestant une volonté contraire — que ses actes s'appliquent à tout le territoire ; le décret Crémieux s'applique donc à toute l'Algérie (2). »

Enfin, il est une objection que l'on a pu faire et qui

1. Tissier, *De l'application du décret du 24 octobre 1870 sur les indigènes israélites de l'Algérie*, R. A., 1891, 1.

2. Larcher, *Traité élémentaire de législation algérienne*, t. II, p. 28, n° 572.

a une force incontestable : quelle législation appliquer à ces indigènes israélites du Mzab ? Le sénatus-consulte de 1865 ? C'est impossible puisque précisément le décret du 24 octobre 1870 a eu pour effet d'abroger toutes les dispositions du sénatus-consulte relatives aux Juifs.

En réalité, si l'on allait bien au fond des choses, si l'on voulait défendre la conception que nous venons de combattre, au moyen de l'idée qui la domine, la pénètre tout entière, ce n'est pas sur le terrain juridique qu'il faudrait se placer mais sur le terrain des faits. Il est infiniment probable que la jurisprudence autant que l'administration a reculé devant les conséquences pratiques auxquelles pouvait mener la saine interprétation de l'acte législatif du 24 octobre 1870. Assimiler, sans aucune transition, les Juifs du Mzab aux citoyens français : leur conférer exactement les mêmes droits et les mêmes devoirs, c'était risquer d'incorporer dans l'élément civilisé de l'Algérie un élément encore profondément arriéré et qui, par la culture de son esprit autant que par l'élévation des sentiments, n'est pas au-dessus du niveau moyen du peuple arabe ; c'était commettre une faute dont nous étions les premiers à souffrir. C'était aussi faire injure aux indigènes musulmans d'Algérie dont le contact avec l'élément français date depuis plus longtemps, et s'accroît chaque année.

Voilà, croyons-nous, quelle est, au fond, la pensée

de l'administration et de la jurisprudence algériennes (1); mais ces considérations ne sauraient avoir de poids que devant un législateur ; ce ne sont pas des considérations que l'on peut invoquer, pour mettre à la torture un texte qui tant dans sa lettre que dans son esprit est d'une netteté indéniable.

Que la jurisprudence et les différentes autorités administratives compétentes, *interprètent* les clauses douteuses d'un texte de façon à lui faire produire les effets les moins désastreux rien n'est plus naturel ; mais qu'elles fassent abstraction d'un texte très clair, et en arrivent ainsi à s'ériger en législateur, c'est un résultat qu'il est permis à certains esprits de repousser résolument.

Et c'est bien dans ce sens que M. Audinet écrit : « M. l'avocat général Sarrut, dans ses savantes conclusions, a adopté l'opinion contraire, et malgré ses inconvénients indéniables, elle paraît cependant juridiquement plus exacte... Pour qu'il en fût autrement,

1. Cette pensée est d'ailleurs mal déguisée dans la lettre du garde des sceaux au ministre de l'Intérieur en date du 7 novembre 1882 ; on y lit en effet : « M. le Gouverneur général insiste sur les inconvénients que présenterait l'extension au Mzab des dispositions du décret du 24 octobre 1870. Placés dans une situation d'infériorité marquée vis-à-vis des indigènes, les israélites mozabites ne sont en rien préparés pour une naturalisation en bloc. M. le général Saussier ajoute que le fait d'accorder le titre de citoyen à tous les Israélites du Mzab, et de les soustraire au paiement des impôts locaux pourrait compromettre le succès moral de notre installation. »

il aurait fallu qu'une disposition formelle déclarât que le décret de 1870 ne s'appliquerait pas dans le territoire annexé et y remit en vigueur le sénatus-consulte de 1865. Il est permis de regretter que pareille décision ne soit pas intervenue, mais il n'est pas permis à l'administration et aux tribunaux d'y suppléer (1). »

En résumé donc, nous ne pensons pas que l'on puisse restreindre l'application du décret Crémieux au territoire algérien tel qu'il existait lors de sa promulgation. Le décret a élevé à la qualité de citoyen tous les juifs qui ont été annexés avec le Mzab. Nous condamnons la solution de la jurisprudence et la pratique administrative. Les Juifs mozabites auraient été incontestablement des indigènes si le décret Crémieux n'avait pas existé. Mais grâce au décret Crémieux, ces Mozabites sont citoyens car le décret s'applique certainement à eux.

— Mais que nous faut-il dire de la pratique administrative qui veut qu'à côté de cette catégorie d'indigènes israélites que nous venons d'éliminer, il y en ait une autre composée de tous les indigènes israélites qui n'ont pu rentrer dans la situation définie par le décret du 7 octobre 1871 ?

Posons nettement la question. Le décret Crémieux

1. Audinet. *La nationalité des Israélites algériens*, dans la *Revue générale de droit international public*, année 1897, p. 495.

n'a accordé tous les droits du citoyen qu'à ceux des Juifs algériens qui étaient *indigènes*. Il importait donc de savoir exactement ce qu'il entendait par indigènes. A cet effet, le décret du 7 octobre 1871 vint décider qu'il fallait déclarer indigènes tous les Israélites nés en Algérie avant la conquête ou nés de parents établis en Algérie lors de l'occupation française. D'après le même décret, ceux qui remplissaient les conditions de fond exigées devaient au surplus en faire la preuve selon une procédure spéciale (1).

Mais alors, que décider pour les Juifs, qui pour n'avoir pas « employé la procédure prescrite ou l'avoir employée sans succès, ne sont pas citoyens français ? Faut-il dire qu'ils sont indigènes ? « C'est l'opinion de l'administration... Ce sont là seulement des sujets français dans la situation où étaient tous les israélites algériens avant 1870 et sous l'empire du sénatus-consulte de 1865. Ils ont conservé leur statut personnel, ils peuvent continuer à pratiquer la polygamie ; ils ne peuvent devenir citoyens français qu'en sollicitant leur naturalisation dans les formes et les conditions déterminées par le sénatus-consulte (2). »

Nous repoussons fermement cette conception de l'administration algérienne. Mais nous ne la repous-

1. Cf. ce décret dans Estoublon et Lefébure, p. 383.

2. Larcher. *Traité élémentaire de législation algérienne*, t. II, n° 582.

sons pas par les mêmes moyens qu'ont employés des auteurs de grande valeur.

On a pu en effet décider que ce système de l'administration algérienne était nécessairement vain, et on l'a pu, d'une part, en soutenant que le décret du 7 octobre 1871 qui est la base du système n'avait jamais pu être promulgué qu'illégalement, d'autre part, en soutenant (sans en contester la légalité) que ce même décret avait cessé depuis longtemps d'être applicable.

Ces deux moyens sont évidemment radicaux. Nous n'en ferons pas usage cependant parce que notre conviction est que le décret du 7 octobre 1871 est légal, et qu'il subsiste encore de nos jours, qu'il est encore applicable.

1° *Le décret du 7 octobre 1871 est légal.* — L'illégalité du texte en question a été soutenue à maintes reprises ; elle a été invoquée devant les tribunaux, et elle a été enseignée en doctrine (1).

Parmi les auteurs qui ont affirmé l'illégalité du décret, il convient de faire mention à part de notre maître M. Larcher qui a, plusieurs fois, et toujours avec énergie, protesté contre les applications qui en sont faites par l'administration, et contre les appli-

1. Cf. Audinet. *La nationalité des Israélites algériens*, dans *Revue générale de droit international public*, Cf. D. P. 1896.1.353 : 1°, 2°, 12° et 18° espèces.

cations qui en sont faites par la jurisprudence (1).

M. Larcher, considère que le décret du 7 octobre 1871 est illégalement appliqué parce qu'il n'a jamais été qu'un simple décret et comme tel, qu'il n'a jamais pu modifier un texte qui est assimilable à une véritable loi, le décret du 24 octobre 1870. «... Le décret du 7 octobre 1871, simple règlement, puisqu'à cette époque il y avait un pouvoir législatif régulier, l'Assemblée Nationale, ne pouvait pas apporter un correctif, en d'autres termes, modifier et refaire le décret-loi du 24 octobre 1870 (2). »

La cour de cassation n'a pas admis l'illégalité du décret. La solution pour elle n'a même pas été douteuse un seul instant, puisqu'elle s'est contentée d'affirmer la légalité du texte (3). Mais on peut, du moins, savoir quelles raisons ont déterminé la cour, en lisant les remarquables conclusions que M. l'avocat général Sarrut a formulées à l'occasion de toute une série de problèmes, relatifs aux décrets de 1870 et 1871, qui étaient soulevés devant la Cour de cassation. M. Sarrut considère en définitive (4) que le dé-

1. Cf. surtout son *Traité élémentaire*, t. II, nos 578-580, de la page 24 à la page 33 et n° 582 p. 35 ; Cf. aussi une note sous arrêt du Conseil d'État rapportée dans R. A., 1904, 2.197 ; (arrêt du 29 juillet 1901).

2. Larcher. *Traité élémentaire de législation algérienne*, t. II, p. 31.

3. Cf. D. P. 1896.1.353 : 1°, 2°, 12° et 18° espèces.

4. Nous disons : en définitive : En effet, à examiner superficiellement

cret du 7 octobre 1871 a modifié celui du 24 octobre

les conclusions de l'éminent magistrat, on s'aperçoit qu'il est assez imprécis dans ses termes. Tantôt le décret de 1871 a été *interprétatif* de celui de 1870, tantôt au contraire il l'a *modifié*. On lit en effet D. P. 1896. 1.358, 2^e colonne : « Dès lors, en fait, il n'est pas sérieusement contestable que le décret de 1871 est le complément interprétatif du décret de 1870, fait corps avec lui de sorte que les deux décrets ne forment en réalité qu'un texte unique. »

Et plus loin, D. P., 1896.1.359, 1^{re} colonne : « Ce décret (celui de 1870) a donc pu légalement être modifié par un autre décret (celui de 1871) ». Il faut se décider entre les deux affirmations ; ou le décret de 1871 a été interprétatif, ou il a été modificatif.

Si le décret est interprétatif, il n'a fait que consacrer, en le commentant, en l'éclaircissant le décret de 1870. On comprend, dès lors qu'il fasse corps avec lui, et partant de là, on conçoit que le décret de 1871 soit légal, même si le décret de 1870 est un décret-loi.

Mais si le décret est modificatif, il a apporté des éléments nouveaux ; il ne peut plus faire corps avec le décret de 1870 ; il se heurte nécessairement à lui, et ne peut le heurter légalement, ne peut être légal que si le décret de 1870 n'est pas un décret-loi.

Nous pensons qu'en réalité M. Sarrut se décide pour le deuxième membre de l'alternative. Cela semble ressortir de ce que la Cour de cassation qui a adopté ses conclusions dit nettement que le décret de 1871 a « légalement modifié » celui de 1870. Cela ressort aussi de ce que M. Sarrut a pris longuement la peine de discuter la question de savoir si le décret de 1870 était un décret-loi ou non, question qui serait évidemment oiseuse pour lui, s'il n'envisageait pas l'hypothèse d'une modification apportée par le décret de 1871. (Cf. D. P. 1896.1. 359 colonne 1 et le renvoi aux pages 354 à 356.) Et il faut sans doute considérer que lorsque M. Sarrut dit que le décret de 1871 est un complément *interprétatif*, il emploie un langage inexact pour traduire une chose *exacte*.

Car il ne nous semble pas douteux que le décret de 1871 soit modificatif de celui de 1870. Dans la pensée du ministre, auteur de l'ex-

1870, mais qu'il l'a modifié légalement parce que le

posé des motifs, le décret demandé ne devait être qu'une définition de l'indigénat. Cette définition ne devait être, à coup sûr, qu'une interprétation, une interprétation restrictive, sans doute, mais une interprétation. Il voulait en effet que l'on exigeât « la justification préalable de l'indigénat d'après les principes du droit civil français ». Mais il semble que ce ministre avait une notion assez sommaire de notre Code civil car il décidait que l'indigénat devait s'acquérir par la *naissance* sur le sol français et se conserver par le sang. Une telle affirmation est en contradiction flagrante avec les dispositions du Code. Décider que la seule naissance sur le sol français suffisait pour faire acquérir la qualité d'indigène c'était aller à l'encontre des dispositions du code pour lequel jamais la naissance sur le sol français ne suffisait à elle seule à faire acquérir la qualité de français.

Le ministre voulait peut-être bien interpréter, mais en voulant mettre à exécution sa volonté il faisait plus, il donnait une définition de l'indigénat qui *n'appliquait aucun principe de notre droit civil*; il donnait une définition qui n'était pas interprétative, mais modificative du décret de 1870. Cette définition a été adoptée par l'article 1^{er} du décret de 1871. D'après cet article, sont indigènes « les israélites nés en Algérie avant l'occupation française ou depuis cette occupation de parents établis en Algérie à l'époque où elle s'est produite. »

Le décret de 1871 est donc modificatif, en tant qu'il détermine les personnes pouvant profiter du décret de 1870.

Mais il est encore et surtout modificatif parce qu'il institue une procédure spéciale, à coup sûr exorbitante du droit commun, que tous les individus voulant justifier leur titre d'indigène seront obligés de suivre (Cf. art. 3, 4, 5). Le décret Crémieux a purement et simplement assimilé les indigènes israélites aux citoyens français; il en résulte que ces nouveaux citoyens devaient en tout et pour tout suivre les règles applicables aux anciens citoyens; notamment la même procédure pour pouvoir justifier leur qualité de citoyen. Ce décret de 1871, en instituant une procédure exorbitante du droit commun a

décret de 1870 n'est pas un décret-loi (1). Nous préférons cette thèse à celle de M. Larcher.

Il est bien vrai, en effet, d'après nous, que le décret Crémieux est un décret simple. L'histoire de l'organisation politique de l'Algérie nous mène infailliblement à cette conclusion (2).

De 1830 à 1834 deux autorités légifèrent par leurs arrêtés, le général en chef et l'intendant civil. De 1834 à 1848, l'Algérie est soumise au régime des décrets. Ce régime institué pour les colonies françaises par une loi du 24 avril 1833 (3) a été rendu ap-

certainement ajouté au D. de 1870; il l'a manifestement modifié.

Nous considérons donc que M. Sarrut tient le décret de 1871 pour modificatif et nous pensons que c'est à bon droit qu'il le fait.

1. Cf. D. P., 1896.1. p.359, 1^{re} colonne et le renvoi à D. P., 1896, 1, pp. 354, 355, 356.

2. Cf. Larcher. *Traité élémentaire de législation algérienne*, t. I, pp. 135 à 148.

3. On a quelquefois considéré que l'article 4 de l'ordonnance du 22^e juillet 1834 posait le principe. Il ne saurait que le rappeler car le principe ne peut émaner que d'une loi : « Par une singulière confusion qui dénote avec un mépris assez regrettable ou une ignorance peu flatteuse des règles du droit public, c'est dans l'ordonnance du 22 juillet 1834 et non dans la loi du 24 avril 1833 qu'auteurs et arrêts trouvent la lettre d'investiture dont nous parlons. C'est sur l'article 4 de l'ordonnance et non sur l'article 25 de la loi qu'ils fondent les pouvoirs de chef de l'État. Il importe de restituer à l'ordonnance son véritable caractère; elle n'est qu'une manifestation du pouvoir réglementaire du chef de l'État puisqu'elle n'est intervenue que par application et pour assurer l'exécution de l'article 25 de la loi du 24 avril 1833. S'il en était autrement, il faudrait conclure que

plicable à l'Algérie par l'ordonnance du 22 juillet 1834, article 4 : « Jusqu'à ce qu'il en soit autrement ordonné, les possessions françaises dans le nord de l'Afrique seront régies par nos ordonnances. » Ainsi l'ordonnance du 22 juillet 1834 consacre pour l'Algérie la délégation que la loi du 24 avril 1833 a donnée au chef de l'État de légiférer pour les colonies (1). En 1848, l'article 109 de la constitution sensible changea cet état de choses ; cet article disait que l'Algérie et les colonies resteraient *soumises à*

l'autorité délégante est l'autorité déléguée. » (Jean Thomas, *L'électorat aux délégations financières*, dans la *Revue du droit public et de la science politique*, avril-mai 1900.)

1. Les pouvoirs du chef de l'État en la circonstance ne sont que des pouvoirs qui lui ont été délégués par le législateur ; la chose est incontestable. Cette question de délégation soulève un problème. Celui de savoir jusqu'où va la délégation donnée par le pouvoir législatif au pouvoir exécutif. Le chef de l'État a-t-il tous les pouvoirs du législateur ou au contraire est-il obligé de se considérer comme inférieur au pouvoir législatif proprement dit et de ne pouvoir modifier ou supprimer pour l'Algérie les dispositions qui ont été édictées par une loi ? La question est très controversée, nous croyons que la solution du problème a été donnée par notre maître M. Thomas. M. Thomas en des pages très brillantes (*op. cit.*, n° 19) a montré victorieusement à notre avis, que si le chef de l'État avait pouvoir de modifier toutes les lois antérieures au 22 juillet 1834, lois qui n'avaient pas été élaborées pour l'Algérie et qui ne pouvaient pas raisonnablement s'appliquer à l'Algérie lors de son annexion sans qu'un choix fût opéré, il ne pouvait aucunement en sa qualité d'autorité déléguée modifier les lois postérieures à 1834 : sa qualité d'autorité déléguée le lui interdisait.

Cf. dans le même sens, Larcher, *Trait. élém.*, t. I., pp. 152-158.

des lois particulières. Mais en réalité, il signifiait simplement que l'Algérie, comme les autres colonies, n'était pas placée sous le régime général métropolitain ; l'article 109 ne changeait rien au régime antérieur ; par la constitution de 1848, l'Algérie se trouvait encore soumise au régime des décrets. La constitution impériale du 14 janvier 1852 n'a aucunement porté atteinte à ce système. Pendant le Second Empire, la délégation de l'article 25 de la loi de 1833 est restée intacte. Cela ressort, on ne peut plus nettement, de l'article 18 du sénatus-consulte du 3 mai 1854 qui, ayant réparti le pouvoir de légiférer pour la Martinique, la Guadeloupe et la Réunion, entre le sénat, le corps législatif et l'Empereur, laissait subsister pour les autres colonies dont était bien évidemment l'Algérie le système des décrets.

Il est vrai que l'article 27 de la constitution du 14 janvier 1852 porte : « Le Sénat règle par un sénatus-consulte : 1° la constitution des colonies et de l'Algérie 2°... » Mais cet article qui, nous le verrons, n'est qu'une application normale des principes généraux de la constitution ne donne aucun pouvoir législatif au sénat vis-à-vis de l'Algérie et des colonies, mais lui donne purement et simplement un pouvoir constituant. L'article 27 n'a donc conféré aucun pouvoir législatif au sénat à l'égard de l'Algérie. La conclusion s'impose ; de 1833 à 1870 a fonctionné pour l'Algérie, sans aucune interruption, le système des

décrets. La chute de l'Empire n'a pu apporter aucun élément nouveau en la matière. Après le 4 septembre 1870, comme avant, la délégation de l'article 25 de la loi de 1833 subsistait toujours et en vertu de cette délégation, le chef de l'État pouvait toujours légiférer en Algérie.

Mais s'il en est ainsi, il faut dire que le décret du 24 octobre 1870 a été une application normale de cette délégation ; il est un décret ordinaire, un décret simple pris par le pouvoir exécutif en vertu de la délégation à lui conférée par la loi d'avril 1833.

Sans doute, on va nous objecter que ce décret a abrogé le sénatus-consulte du 14 juillet 1865 dans toutes les parties où il régissait l'indigène israélite, que dès lors il ne peut être considéré comme émanant du pouvoir exécutif, mais qu'il doit être considéré comme une véritable loi, au sens étroit du mot, puisqu'il n'y a qu'une loi qui ait pu modifier le *sénatus-consulte de 1865 qui est lui-même une loi*. Le décret Crémieux serait donc un décret spécial, pris en vertu de pouvoirs extraordinaires, de pouvoirs dictatoriaux ; il aurait force de loi ; il serait un décret-loi. (1) L'objection est sérieuse. Si le sénatus-consulte du 14 juillet 1865, est vraiment un acte émanant du pouvoir législatif, le décret du 24 octobre 1870 n'a pu le modifier comme décret simple ; il faut absolu-

1. Cf. Larcher *Traité élémentaire*, t. I, p. 159, note 2.

ment qu'il soit l'œuvre du pouvoir législatif lui-même, il faut lui reconnaître la qualité de décret-loi.

Reste à savoir si le sénatus-consulte de 1865 est une loi, c'est-à-dire si le sénat impérial avait vraiment la qualité de pouvoir législatif. A cette question, M. Larcher répond affirmativement. « L'Empereur répartissant les pouvoirs législatif et constituant entre les assemblées qu'il créait donna au corps législatif la majeure partie du pouvoir législatif et au sénat le pouvoir constituant avec quelques matières le pouvoir législatif. » (1) En sorte que les sénatus-consultes et en particulier celui de 1865 seraient l'œuvre du pouvoir législatif du sénat. Cette conception très répandue a été contestée par M. Sarrut et implicitement rejetée par la cour de cassation (2).

Sans adopter entièrement la thèse de M. Sarrut, nous arrivons au même résultat en ce qui concerne le sénatus-consulte de 1865 : nous considérons qu'il n'est pas un acte émanant du pouvoir législatif proprement dit, mais en réalité, du pouvoir exécutif ; il est un acte de même nature que les décrets.

Cette conclusion nous paraît ressortir d'un examen attentif de la constitution du 14 janvier 1852.

En effet, le sénat impérial n'était pas un corps

1. Cf. Larcher. *Traité élémentaire*, t. I, p. 159.

2. Cf. D. P. 1896, I, 355, 356.

Cf. dans le même sens, Charpentier. *Précis de législation algérienne et tunisienne*.

législatif, il était un *pouvoir constituant*. Il était le gardien et au besoin le réformateur de la constitution. Comme tel, il pouvait bien élaborer des lois constitutionnelles s'incorporant à la constitution de 1852, et qui ont disparu, sont devenues caduques comme cette constitution à la chute du régime impérial; mais sur les lois proprement dites, hors du droit de contrôle et quelquefois de veto qu'il était chargé de remplir, toujours en sa qualité de pouvoir constituant, il ne pouvait rien. Le droit de discuter les lois et de les voter appartenait à un corps spécialement désigné, le corps législatif. L'article 27 de la constitution de 1852 disait bien du sénat, qu'il réglait par un sénatus-consulte la constitution des colonies et de l'Algérie, mais cet article 27, loin d'opérer un transfert du pouvoir législatif au sénat vis-à-vis de l'Algérie et des colonies, faisait une application toute normale, absolument incontestable, de la séparation du pouvoir législatif accordé au « corps législatif » et du pouvoir constituant accordé au sénat.

L'article 27 dans ses alinéas 2 et 3 donnait des pouvoirs constituants au sénat en lui conférant la mission de compléter et d'interpréter la constitution; dans son alinéa 1^{er}, il ne lui concédait pas un pouvoir de nature différente : il s'en remettait très normalement au sénat pour donner une constitution à l'Algérie et aux colonies. Et c'est en vertu de cet article 27-1^{er}, que fut promulgué le sénatus-consulte

du 3 mai 1854, modifié par celui du 4 juillet 1866 qui était la constitution des colonies de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Réunion.

Tout ceci nous paraît peu contestable. C'est d'ailleurs dans ce sens que se prononce M. Girault : « Les lois de l'an VI, dit-il, et de 1833 étaient des lois ordinaires... Il en va tout autrement du sénatus-consulte de 1854. Il suffit pour s'en rendre compte de rappeler quel rôle jouait sous le Second Empire le Sénat, « gardien du pacte fondamental et des libertés publiques » (Constitution de 1852, art. 25), chargé non seulement de faire respecter la Constitution (art. 26 et 29) mais encore de la compléter, de l'interpréter (art. 27) et même de la modifier au besoin (art. 31) par des sénatus-consultes. *Or l'article 27 met sur la même ligne les sénatus-consultes qui règlent la Constitution des colonies et ceux qui complètent ou interprètent la Constitution de la France.* Ils avaient donc par suite la même force que ces derniers. Une fois sanctionnés et promulgués par le chef de l'État, (art. 28) ils s'imposaient à la fois et au Corps législatif et au pouvoir exécutif également obligés de les respecter (1). »

Donc l'article 27 ne donnait aucun pouvoir législatif au sénat . la constitution de 1852 ne changeait rien au régime antérieur ; l'Algérie restait soumise

1. *Principes de colonisation et de législation coloniale*, t. I, p. 3 26.

au régime des décrets pris par le chef de l'État en vertu de la délégation de la loi du 24 avril 1833. Cette solution est d'autant moins douteuse que le sénatus-consulte du 3 mai 1854 posait expressément la règle. Ce sénatus-consulte, article 18, disait des colonies autres que la Guadeloupe, la Martinique et la Réunion : « Elles seront régies par les décrets de l'Empereur jusqu'à ce qu'il ait été statué à leur égard par un sénatus-consulte. »

Si nous rappelons que le sénatus-consulte attendu n'est jamais intervenu, on conviendra peut-être que du sénatus-consulte du 3 mai 1854, article 18, autant que de l'étude attentive de la constitution de 1852 il ressort nettement que le régime législatif établi par la loi du 23 avril 1833 était seul en vigueur, et dans toute son intégralité, sans qu'il y ait été porté aucune atteinte, fût-ce au profit du sénat.

C'est donc une erreur, à notre sens, de dire que le sénat impérial avait des pouvoirs législatifs à l'égard de l'Algérie ; il n'a jamais eu de pareilles attributions. En sorte que le sénatus-consulte de 1865 ne peut pas avoir été l'œuvre du pouvoir législatif, il ne peut pas être une loi, au sens étroit du mot ; en réalité, il est l'œuvre de la seule autorité, qui, en dehors des cas où le corps législatif manifestait l'intention d'intervenir, était capable de légiférer pour l'Algérie, l'Empereur. Ce sénatus-consulte a la même nature juridique que les décrets proprement dits ; c'est un

décret que l'Empereur, à raison de l'importance de la question réglementée n'a pas élaboré lui-même, mais qu'il a édicté par l'intermédiaire du sénat dont il était le président au même titre qu'il était le président du conseil d'État. « Tels sont aujourd'hui les décrets que le Président de la République peut prendre en vertu des pouvoirs qui lui sont propres... et pour lesquels cependant il sollicite l'avis du conseil d'État (1). »

1. Sarrut, D. P., 1896, I, p. 356

Cette solution est à rapprocher de deux faits : 1° le décret du 13 décembre 1866 est venu modifier le sénatus-consulte de 1865 en étendant l'application de la loi musulmane réservée par le sénatus-consulte aux indigènes musulmans, à d'autres individus ; cela se conçoit fort bien si le sénatus-consulte n'est pas une loi ; mais cela ne se conçoit plus du tout s'il en est une !

2° Sous l'Empire, le ministère Ollivier entrant dans les vues de l'Empereur, avait demandé au conseil d'État un projet de décret déclarant tous les Israélites algériens sujets français ; si le sénatus-consulte n'est pas une loi cela se conçoit ; s'il en est une cela ne se conçoit plus !

Par ailleurs, nous faisons remarquer que si le sénatus-consulte de 1865 est une loi, il ne faut pas seulement dire que le décret du 7 octobre 1871 est illégal comme ayant modifié un décret-loi, il faut encore dire que tous les décrets qui ont porté atteinte aux dispositions du sénatus-consulte sont illégaux dans la mesure où ils le font. Dans cette conception sont donc entachés d'illégalité les décrets du 29 août 1874, et du 17 avril 1889 relatifs à l'organisation de la justice etc...

Nous avons vainement cherché dans l'excellent traité de législation algérienne de notre maître M. Larcher, l'affirmation expresse de cette illégalité. Mais elle ressort implicitement du rapprochement de deux passages du traité, *l. I, p. 159, n° 124*. « Dans les quelques ma-

Donc, nous pensons que le sénatus-consulte du 14 juillet 1865 n'est pas une loi, qu'il a pu être valablement modifié par un décret simple et que, de ce que le décret du 24 octobre 1879 l'a abrogé partiellement, il ne s'en suit pas du tout qu'il soit un décret-loi.

La conclusion s'impose : le décret du 27 octobre 1870 est un décret pur et simple ; celui du 7 octobre 1871 a pu le modifier légalement ; le décret du 7 octobre 1871 est légal.

2° *Le décret du 7 octobre 1871 est encore en vigueur.*

— M. Tissier a pu soutenir très habilement que le décret du 7 octobre 1871 n'est plus en vigueur de nos jours (1).

M. Tissier a fait valoir deux arguments en faveur de sa thèse.

Et d'abord, le décret ne saurait plus être en vigueur car il a eu dès son apparition un caractère essentiellement provisoire. « Il était destiné à trancher les difficultés qui allaient se produire à l'occasion des

tières où sont intervenus des sénatus-consultes des modifications ne peuvent être apportées que par les lois. » *t. II, p. 55, n° 596* : « En termes trop généraux, le sénatus-consulte du 14 juillet 1865 posait en principe que les indigènes musulmans... continueraient à être régis par la loi musulmane. Ce principe avait besoin d'être précisé... il avait besoin aussi d'être *restreint*... Cette précision et cette *restriction* ont été l'œuvre des décrets qui ont successivement réglementé l'organisation de la justice musulmane.

1. R. A., 1891, I 74-79. *De l'application du décret du 24 octobre 1870, sur les israélites indigènes de l'Algérie.*

élections auxquelles il fallait procéder pendant que la question de l'abrogation du décret de 1870 était soumise au parlement. Ne faut-il pas conclure que le décret de 1871 n'a été qu'une interprétation toute transitoire de celui de 1870, qu'il n'a eu qu'une portée passagère et restreinte et qu'il n'a pas eu le moins du monde en vue de clore à jamais et définitivement la liste des israélites indigènes de l'Algérie ? »

Nous ne contestons pas que le décret de 1871 ait eu ce caractère provisoire que M. Tissier lui reconnaît. Cela ressort, on ne peut plus nettement, du décret lui-même article 1^{er} : « *Provisoirement* et jusqu'à ce qu'il ait été statué par l'Assemblée nationale sur le maintien ou l'abrogation du décret du 24 octobre 1870, seront considérés comme indigènes, et à ce titre demeureront inscrits sur les listes électorales, s'ils remplissent d'ailleurs les autres conditions de capacité civile, les israélites nés en Algérie avant l'occupation française ou nés depuis cette occupation de parents établis en Algérie à l'époque où elle s'est produite. » Mais ce provisoire devrait durer jusqu'à ce qu'il ait été statué sur le maintien ou l'abrogation du décret du 24 octobre 1870 ; or, il n'a jamais été statué sur le maintien ou l'abrogation dudit décret. Ce provisoire dure donc encore (1). Il est évidemment regret-

1. Cf. en ce sens, Cogordon. *La nationalité au point de vue des rapports internationaux*, p. 135.

Dunoyer. *Étude sur le conflit des lois spécial à l'Algérie*, p. 35.

table qu'il n'y ait que le provisoire qui sache durer. Mais à cela nous ne pouvons rien ; il faut nous incliner devant un fait qui nous dépasse.

En vain voudrait-on objecter que l'exposé des motifs (1) prouve que le décret de 1871 n'était qu'une *interprétation toute passagère* destinée seulement à trancher les difficultés qui allaient se produire à l'occasion des élections auxquelles il fallait procéder pendant que la question de l'abrogation du décret de 1870 était soumise au parlement, et qu'en conséquence, ce décret destiné à régir les élections a cessé d'exister avec elles.

Il est vrai que l'exposé des motifs fait nettement allusion aux élections qui allaient avoir lieu en Algérie à brève échéance, et cela prouve évidemment que les élections de 1871 ont été le motif, le prétexte du décret. Mais nous ne croyons pas qu'elles aient été plus encore... Nous ne pensons pas qu'elles aient été le but unique, la seule finalité poursuivie par le décret de 1871. Dire que ce décret n'a eu d'autre objet que d'interpréter le décret Crémieux en vue seulement des élections de 1871, c'est donner de l'exposé des motifs une explication qui n'est certainement en rien contredite par les termes dudit exposé. Mais nous nous demandons s'il ne serait pas possible d'en don-

1. En ce qui concerne l'argument tiré de l'exposé des motifs, cf. Tissier. *De l'application du décret du 24 octobre 1870 sur les israélites indigènes de l'Algérie*, R. A., 1897, 1, p. 77.

ner une autre qui sans contredire, elle non plus, aux termes de l'exposé, aurait du moins le gros mérite de ne pas heurter brutalement un texte aussi explicite, aussi peu équivoque que l'article 1^{er} du décret de 1871. Et il nous semble que l'histoire du décret nous mène infailliblement à la solution cherchée.

Le décret Crémieux avait soulevé de vives récriminations ; un mouvement d'idées qui lui était vigoureusement hostile avait pris naissance dès son apparition (1). Le gouvernement de M. Thiers prit donc

1. L'apparition de ce décret a soulevé de presque unanimes protestations. Il paraît bien avoir été une mesure prématurée. Cf. à ce sujet Larcher, *Traité élémentaire de législation algérienne*, t. 2, pp. 37-40.

Le décret Crémieux n'a pourtant pas été un pur caprice de la part du ministre israélite Crémieux ; il a été l'aboutissant de tout un mouvement d'idées en faveur de la race juive d'Algérie, Napoléon III gagné à ces idées avait préparé un projet d'assimilation de l'indigène israélite aux citoyens français.

Nous donnons à simple titre de curiosité, les passages principaux d'un plaidoyer pour les indigènes israélites, conçu en termes vraiment inspirés... et dithyrambiques : « Qu'à l'instar de ces magistrats romains dont parle Cicéron... nos israélites, nos juifs, sachent qu'ils représentent la cité et la patrie françaises... Il nous semble que déjà par la bouche de Napoléon III elle (la France) leur adresse ces paroles vraiment françaises, fidèles interprètes des vœux et de volontés de Napoléon I^{er} pour les Juifs de France : « Lève-toi, lève-toi Sion de l'Algérie ! Secoue ta cendre et ta poussière ! dépouille-toi de ton voile de deuil et reprends, joyeuse, tes instruments de fête !... Réjouis-toi donc maison de Jacob ! Que l'allégresse éclate comme un éclair sur ton visage ! Chante sur ton psaltérion le cantique de la délivrance ! Ton hiver est passé ; ton ciel redevient pur ; de nouveaux jours

l'initiative d'un projet d'abrogation qui fut déposé devant l'Assemblée Nationale. L'exposé des motifs de ce projet critiquait très acerbement la mesure du 24 octobre 1870. La commission désignée par l'Assemblée Nationale, se décida sans hésiter pour l'abrogation (Cf. *Journal officiel*, 1871, p. 2671 et p. 3195). D'autre part, l'application du décret du 24 octobre 1870 donnait lieu à de graves difficultés pratiques. Ces difficultés allaient se produire plus nombreuses que jamais lors des élections des conseillers municipaux et généraux de la colonie, qui étaient toutes proches : Qui donc devait être considéré comme indigène et figurer sur les listes électorales à ce titre ?

L'abrogation devait le plus naturellement du monde donner satisfaction au sentiment général et mettre

commencent à luire pour toi ! Trop longtemps colombe gémissante et plaintive tu te cachas dans le creux des rochers ; trop longtemps solitaire et abandonnée tu mangeas le pain de tes larmes et bus l'eau de tes pleurs, trop longtemps aussi tu habitas dans l'ombre de la mort !

Me voici, moi ta libératrice et ta lumière ; porte à tes lèvres avides de bonheur l'*Jchli* du salut et de la liberté, le *Leh'em* du droit et de la justice. Française par le cœur et par l'intelligence, ô Sion algérienne, sois désormais pour moi ce qu'est la Sion française ta sœur ! A toi comme elle mes juges, à toi mes lois, à toi tous les trésors de ma tendresse, à toi toutes les richesses de mon amour !

Depuis plus de trente ans tu me dis « sois ma mère », n'est-il pas temps que je te dise enfin « sois ma fille ! ».

(Frégier. *De la naturalisation des indigènes et des étrangers en Algérie*, p. 183 et s.)

un terme aux difficultés pratiques. Mais, justement l'Assemblée Nationale s'étant séparée en 1871 sans avoir encore statué sur l'abrogation, le décret de 1870 allait recevoir son application ! Il convenait donc dès avant les élections de 1871 où le décret allait recevoir une application très efficace, de remédier aux inconvénients de l'ajournement de l'abrogation, en restreignant dans la mesure possible le cercle d'application du décret Crémieux ; il fallait déterminer très exactement quels Israélites devaient figurer sur les listes électorales, en donnant une définition du mot « indigène » qui dans son imprécision donnait lieu à des difficultés journalières et à la possibilité d'une application plus ou moins extensive du décret de 1870.

Ainsi, pour nous, le décret de 1871 est né à l'occasion des élections de 1871 ; ce sont les élections de 1871 qui ont déterminé le gouvernement à agir ; mais le décret de 1871 ne semble pas dans sa formation historique, avoir été destiné *uniquement* aux élections en question. Il semble avoir eu une portée plus générale, avoir visé plus loin. *Il était destiné à remédier dans une certaine mesure, aux inconvénients et aux difficultés du décret de 1870 dont l'abrogation n'avait pas encore pu être consacrée.*

Nous pensons que l'exposé des motifs du décret, sur lequel s'appuie M. Tissier, ne répugne pas à une pareille explication. Il y est dit en effet : « L'Assem-

blée Nationale s'est séparée avant de statuer sur le projet de loi qui avait été présenté en vue de l'abrogation du décret du 24 octobre 1870 qui a conféré aux israélites indigènes de l'Algérie les droits de citoyen français. Ce décret reste donc provisoirement en vigueur et doit recevoir son application lors des élections qui auront lieu prochainement pour les Conseils généraux et municipaux de la colonie. Mais il importe de prévenir le retour des difficultés auxquelles cette application a donné lieu jusqu'ici en exigeant de ceux qui prétendront à l'exercice des droits électoraux la justification préalable de l'indigénat d'après les principes du droit civil français. Si l'indigénat dans notre législation se conserve par le sang, il ne s'est acquis à l'origine que par la naissance sur la terre française. Il semble donc que les israélites qui voudront obtenir ou faire maintenir leur inscription sur les listes électorales devront établir soit qu'ils sont nés en Algérie avant la conquête soit qu'ils sont nés depuis la conquête de parents établis en Algérie au moment où l'occupation militaire a fait de la terre d'Afrique un sol français (1). » L'auteur de l'exposé des motifs voulait mettre fin aux difficultés et aux inconvénients qui étaient la conséquence du décret

1. Cf. Tissier, *De l'application du décret du 24 octobre 1870 sur les israélites indigènes de l'Algérie*, R. A., 1891.1.77.

L'exposé des motifs est au *Journal officiel* du 9 octobre 1871.

Crémieux, en l'interprétant restrictivement (1) ; mais il ne disait aucunement qu'il fallait limiter l'application de la formule proposée, aux élections de 1871. Il résulte au contraire des termes de l'exposé des motifs qu'il y avait une corrélation étroite dans la pensée de l'auteur, entre le moyen proposé pour éviter le retour « de difficultés » et la non abrogation du décret de 1870.

La conséquence toute naturelle de l'explication que nous donnons de l'exposé des motifs, à savoir qu'il prouve que le décret de 1871 est né à *l'occasion* des élections de 1871, non pas *en vue uniquement* de ces élections, mais en vue d'inconvénients et de difficultés qui naissaient du décret Crémieux dont l'abrogation se trouvait retardée, — cette conséquence c'est que le décret de 1871 devait avoir une durée calquée sur la durée du décret Crémieux.

Et c'est cette conséquence qui est le plus formellement exprimée, nous l'avons vu, par l'article 1^{er} que M. Tissier est obligé, dans sa théorie, de laisser dans l'ombre : « Provisoirement et jusqu'à ce que, etc... »

La physionomie du décret tout entier, est d'ailleurs en faveur de notre interprétation.

1. C'était bien une interprétation que de vouloir s'en référer au droit civil commun. Mais c'était une interprétation restrictive car c'était écarter une autre interprétation possible : on aurait pu être tenté de considérer comme indigènes tous les Israélites originaires de l'Algérie, *inde genitus*.

Le décret est beaucoup plus hardi, beaucoup moins libéral que l'exposé des motifs ; il ne prend même pas la peine d'essayer de limiter l'application du décret de 1870 au moyen d'une interprétation, ou tout au moins de ce qui passait pour être une interprétation (cf. p. 213, note 4) ; il est résolument correctif. Après avoir donné dans l'article 1^{er} une définition de l'indigénat conforme à celle proposée dans l'exposé des motifs (1), le décret poursuit en instituant une procédure exorbitante du droit commun, nécessaire pour arriver à pouvoir faire la justification de l'indigénat ainsi défini. Cette procédure modificative, nous l'avons vu, et modificative d'une manière restrictive, fait éclater au grand jour le caractère dominant du décret de 1871, caractère assez timidement esquissé dans l'exposé des motifs, — qui est d'être un *palliatif à l'ajournement de l'abrogation*. Le décret de 1871 et le projet d'abrogation sont issus d'un même courant d'idées.

Il y a mieux ; si on lit attentivement le texte en question, on s'aperçoit qu'il fait surtout allusion à des *radiations* d'individus figurant sur les listes électorales.

1. L'exposé des motifs ne demandait qu'une définition de l'indigénat. Cette définition était celle qui a été adoptée par l'article 1^{er} du décret de 1871 : « Sont indigènes les israélites nés en Algérie avant l'occupation française ou nés depuis cette occupation de parents établis en Algérie à l'époque où elle s'est produite. »

Article premier : « Provisoirement seront considérés comme indigènes et à ce titre *demeureront* inscrits, etc... »

Art. 5 : « A défaut d'avoir rempli les formalités et satisfait aux conditions exigées par les articles qui précèdent, tout israélite actuellement inscrit sur les listes électorales en sera *rayé* et ne pourra y être rétabli que lors d'une prochaine revision. »

Ces expressions résument admirablement l'esprit du décret: il s'agissait non pas d'*interpréter le décret Crémieux pour les élections de 1871*, il s'agissait de limiter étroitement l'application de ce décret qui était en défaveur.

Et il est probable que les radiations, conformément à l'intention du décret, fonctionnèrent merveilleusement car le rapporteur du projet d'abrogation, M. de Fortou pouvait dire le 11 décembre 1871 que le décret du 7 octobre 1871 était « un correctif si énergique du premier qu'il en pourrait bien rendre l'abrogation inutile(1) ». Cette affirmation concorde donc encore très nettement avec ce que nous nous efforçons de démontrer : le décret de 1871 était destiné à être un palliatif au décret de 1871.

Mais il y a plus ; cette affirmation prouve que dans la pensée de gens qui étaient, on l'avouera, bien placés pour savoir quelle était la portée du décret

1. *Journal officiel*, 12 déc. 1871, p. 4921, 3^e colonne.

de 1871, ce décret n'était pas du tout destiné à disparaître avec les élections de 1871. Si ce décret avait été, selon l'avis de M. Tissier, une *interprétation transitoire* de celui de 1870, une interprétation limitée aux élections prochaines, M. de Fortou n'aurait pas pu tenir un pareil langage (1).

Il est vrai que M. Tissier n'est pas embarrassé par les paroles de M. de Fortou ; elles sont, dit-il, le résul-

1. Les paroles de M. de Fortou qui précèdent celles que nous citons prouvent d'ailleurs d'une manière péremptoire que pour lui la signification du décret de 1871 était bien celle que nous avons indiquée ; c'était un décret destiné à réglementer l'application du décret du 24 octobre 1870 tant qu'il existerait.

« Par un décret en date du 7 octobre dernier, le gouvernement a défini l'indigénat, réglementé l'application du décret du 24 octobre 1870, et tracé les règles à suivre pour l'inscription des israélites sur les listes électorales. Mais ce dernier décret est lui-même un correctif si énergique, etc... » (Cf. *Journal officiel*, 12 déc. 1871, p. 4921, 3^e col.)

Et commentant ces paroles, M. Sarrut écrit : « Le décret du 7 octobre 1871 fut donc pris par le gouvernement pour restreindre la portée du décret du 24 octobre 1870... » M. Sarrut dans le même passage semble bien d'ailleurs expliquer l'exposé des motifs comme nous l'avons fait nous-même, en établissant dans la pensée de son auteur une corrélation plus étroite entre la disposition proposée et le décret du 24 octobre 1870 dont l'abrogation était retardée, qu'entre cette disposition et les élections de 1871.

En effet, M. Sarrut cite à l'appui des paroles ci-dessus rapportées le « rapport adressé par M. Lambrecht ministre de l'Intérieur à M. Thiers... rapport qui précède le décret du 7 octobre 1871 ». (*Journal officiel*, 9 octobre 1871, p. 3885). Cf. D. P., 1896.1.358, colonne 2, au bas de la page.

tat d'une erreur de sa part (1) : M. de Fortou affirme que le décret de 1871 est un « correctif » or, en réalité, il n'a pas ce caractère il n'est qu'interprétatif (2).

Mais nous croyons avoir prouvé que le décret du 7 octobre 1871 est vraiment modificatif du décret de 1870 et non pas interprétatif.

Ayant ainsi exprimé l'idée dominante, l'idée directrice, le décret s'occupe, *en même temps*, des élections qui ont motivé sa promulgation et pour lesquelles il va recevoir une application, on ne peut plus efficace (art. 2 et 6).

Telle est notre conception du décret du 7 octobre 1871...

Pour nous résumer, nous croyons que le décret de 1871 n'a pas été une mesure définitive. C'était quelque chose de provisoire ; un provisoire qui devait durer ce que durerait la question d'abrogation du décret de 1870, mais dont la durée n'était pas limitée aux élections des conseillers municipaux et généraux. Cette conception est en harmonie avec les circonstances qui ont précédé le décret en question. Elle est en harmonie complète avec le texte du décret ; elle est en harmonie avec les paroles de M. de Fortou ; enfin, elle ne contredit en rien le langage assez flou de l'exposé des motifs. L'opinion de M. Tissier, au contraire, si elle rend compte d'une manière

1. S., 1897.1.98 2^e colonne.

2. Cf. page 213, note 4.

élégante du langage tenu par le ministre auteur de l'exposé des motifs n'est pas conforme à la vérité historique; elle méconnaît ou presque le texte très clair de l'article 1^{er} du décret; elle méconnaît les paroles significatives de M. de Fortou.

Et c'est pour ces raisons que nous ne croyons pouvoir l'accepter.

Mais à côté du premier argument que nous venons de combattre, M. Tissier en présente un second. « Le décret de 1871 a été fait pour appliquer à la détermination des conditions de l'indigénat les règles de droit commun sans aucune innovation. « Il importe, dit le rapport ministériel, de prévenir le retour des difficultés etc... » (Cf. p. 231). Ainsi, il ne s'est agi que de donner une interprétation conforme aux principes de droit commun sur la nationalité. Or, ces principes ont été modifiés. La loi du 26 juin 1889 qui s'applique en Algérie comme en France a abrogé toute disposition contraire. La conclusion à tirer est que le décret du 7 octobre 1871 si tant est qu'il n'a pas eu un caractère provisoire a disparu par suite de la promulgation de la loi du 26 juin 1889 (1). »

Ainsi présenté, l'argument est péremptoire. Si le décret du 7 octobre 1871 est une application des principes de droit civil français, qui régissaient à cette

1. Tissier. *De l'application du décret du 24 octobre 1870 sur les israélites indigènes de l'Algérie*, R. A., 1891.1.77.

époque la nationalité, comme ces principes ont été abrogés par la loi nouvelle du 26 juin 1889 qui en a édicté d'autres, il est manifeste que le décret du 7 octobre 1871 n'est plus en vigueur et que les principes généraux de la loi de 1889 subsistent seuls.

Mais la question est justement de savoir si M. Tissier peut ainsi formuler son raisonnement ? Peut-on poser aussi catégoriquement que le fait l'auteur, que le décret de 1871 est une application des principes généraux du droit civil de l'époque ? Nous n'admettons pas, quant à nous, l'exactitude de cette affirmation.

Que l'intention des promoteurs du décret ait été de faire une telle application, c'est ce qu'on ne saurait mettre en doute ; il n'y a qu'à lire l'exposé des motifs pour s'en convaincre. Mais que le décret soit en réalité l'application des principes, qu'il soit conforme aux intentions exprimées c'est quelque chose de plus douteux. Il y a en effet une contradiction flagrante dans le passage du rapport ministériel que nous cite M. Tissier et sur lequel il s'appuie. Il y est dit que les Israélites devront prouver leur indigénat d' « après les principes du droit civil français » ; mais il y est dit aussi : « Si l'indigénat dans notre législation se conserve par le sang ; il s'est acquis à l'origine par la *naissance* sur la terre française. » Ces deux lambeaux de phrase sont incompatibles l'un avec l'autre.

Si l'on avait en réalité appliqué les principes du droit civil, il aurait fallu dire que les individus nés sur le territoire français n'étaient pas Français ; il aurait été absolument impossible de dire que l'indigénat « s'est acquis à l'origine par la *naissance* sur la terre française ». Les principes du droit civil ne le permettaient pas. Les principes qui étaient alors en vigueur ne permettaient aucunement à un individu d'être Français par le seul fait de sa *naissance* sur le territoire français. L'enfant né de parents étrangers sur le sol français restait étranger ; sans doute il lui était facile de devenir français ; il le pouvait par option (1). Mais cette option possible était la confirmation la plus énergique de sa qualité d'étranger.

Et sur ce point, nous avons eu la bonne fortune de nous rencontrer avec M. Audinet qui, dès 1897 à propos du passage de l'exposé des motifs qui déclare que l'indigénat s'est acquis à l'origine par la naissance sur la terre française, avait écrit : « C'était là une affirmation plus vraie dans notre ancien droit français que sous l'empire du Code civil d'après lequel la naissance en France ne suffisait jamais, par elle seule, à conférer la nationalité française (2). »

1. Cf. art. 9 du Code civil.

2. Audinet *La nationalité des israélites algériens*, dans la *Revue générale de droit international public*, 1897, page 486.

M. Audinet est d'ailleurs dans notre sens d'une manière beaucoup plus explicite encore lorsqu'il écrit, *op. cit.*, page 488, note 3 « ... D'après cet auteur (M. Tissier) le décret de 1871 s'il n'avait pas

L'auteur de l'exposé des motifs avait donc une notion très imparfaite des principes de droit civil qu'il voulait appliquer ; par là, ses intentions se trouvaient trahies... Aussi bien, comme la définition proposée par l'exposé des motifs est passée dans le décret, il faut dire que si l'on a eu l'intention d'appliquer les principes du droit civil, en réalité on ne l'a point fait. Le décret du 7 octobre 1871, dans sa définition de l'indigénat, n'a donc pas appliqué le droit commun.

Mais alors, s'il en est ainsi, il faut dire que la loi du 26 juin 1889 qui a abrogé toutes les règles de droit commun relatives à la nationalité mais qui n'a abrogé que celles-là, n'a pu toucher au décret du 7 octobre 1871 qui est *toujours en vigueur*.

Nous avons ainsi repoussé les deux arguments de M. Tissier et nous pensons que rien ne doit pouvoir empêcher le décret du 7 octobre 1871 de recevoir aujourd'hui encore, une application constante.

.

Nous admettons donc que le décret de 1871 est

été dès l'origine une mesure provisoire, aurait certainement disparu par suite de la promulgation de la loi du 26 juin 1889 sur la nationalité française (art. 6) qui abroge toutes les dispositions contraires... Nous ne saurions admettre cette opinion... Ces modes d'acquisition (ceux du décret de 1871) ne rentrent dans aucun de ceux que prévoit la loi du 26 juin 1889 ; par suite, le décret de 1871 ne peut être compris parmi les dispositions abrogées par cette loi. »

légal et qu'il est en vigueur. Mais tout comme les auteurs qui se sont servis de ces deux moyens radicaux pour écarter la thèse de l'administration algérienne, nous repoussons l'idée qu'il peut y avoir en Algérie une catégorie d'Israélites qui pour ne s'être pas conformés aux dispositions du décret de 1871 sont encore des indigènes israélites.

En effet, puisque nous admettons que la définition de l'indigénat donnée par le décret est encore valable ; puisque nous admettons aussi que la procédure instituée par le même décret est encore en vigueur (1), nous affirmons très logiquement que seuls seront indigènes israélites ceux qui rempliront les conditions de fond exigées par l'article 1^{er} du décret et qui se seront conformés pour faire cette justification, à la procédure portée dans les articles 3, 4, 5.

Mais tous ceux-là, mécaniquement, nécessairement, seront citoyens français puisque tous les indigènes israélites sont citoyens français par application du décret de 1870. Tous les autres Israélites peuplant l'Algérie (et qui ne sont déjà pas des Français, par application d'autres principes) seront étrangers. Et rien n'est plus juridique à notre avis et plus rigoureusement logique, que la décision d'un tribunal algérien (2) qui dit, en substance, que l'Israélite qui faute d'avoir fait les déclarations et justifications

1. C'est l'opinion de la cour de cassation.

2. Trib. de Guilma, 23 avril 1896, R. A., 1897, 2, 234.

prescrites par le décret du 7 octobre 1871 n'a pas acquis la qualité de citoyen en vertu du décret du 24 octobre 1870, doit être considéré comme *étranger* et non comme régi par le sénatus-consulte du 14 juillet 1865 (1).

1. Cf. Audinet, *La nationalité des Israélites algériens*, op. cit. p. 490.

Il est évident que le sénatus-consulte du 14 juillet 1865 ne peut aucunement trouver application dès qu'il s'agit d'un Israélite. Il a en effet été abrogé le plus expressément du monde dans toutes ses dispositions relatives aux Israélites et par le décret du 24 octobre 1870 : « Toute disposition législative, tout sénatus-consulte, décret, règlement ou ordonnances contraires sont abolis », et par un autre décret de la même date, visant non plus spécialement les Israélites mais le sénatus-consulte de 1865 d'une manière générale ; art. 5 : « Sont abrogés les art. 2, 4, et 5 du sénatus-consulte du 14 juillet 1865. » C'est pourquoi nous repoussons formellement la conception de M. Sarrut qui admet, lui aussi, l'existence possible d'indigènes Israélites. Il dit : « Il résulte de ce qui précède qu'un grand nombre d'Israélites ne peuvent se prévaloir du décret du 24 octobre 1870, soit qu'ils ne rentrent pas en droit dans les termes de ce décret, soit qu'ils ne rapportent pas la preuve de leur indigénat dans les conditions de forme déterminées par le décret du 7 octobre 1871. Quelle est leur condition juridique ? Il est essentiel de distinguer selon que la nationalité s'est fixée avant ou après le 24 octobre 1870.

a) Nationalité fixée avant le 24 octobre 1870.

Les Israélites sont pour la plupart gouvernés par le sénatus-consulte de 1865 ; on sait que ce sénatus-consulte n'a été abrogé en ce qui concerne les israélites que le 24 octobre 1870. Ce sénatus-consulte formant la législation spéciale d'une catégorie d'individus, ces individus n'ont d'autre condition juridique que celle que ce sénatus-consulte détermine... » (D. P., 1896, 1, 360, 1^{re} colonne). Ainsi, pour M. Sarrut tous les Israélites qui étaient indigènes d'après le sénatus-consulte de 1865

Mais alors, à quelle nationalité vont appartenir ces étrangers ? Il suffit de faire une distinction pour

et qui n'ont pu faire la preuve de leur indigénat d'après le décret de 1871 restent dans leur situation antérieure; restent indigènes soumis au sénatus-consulte de 1865. M. Sarrut oppose d'ailleurs la situation de ces indigènes à celle des Israélites qui ne peuvent pas non plus se prévaloir du décret de 1870, mais dont la nationalité s'est fixée après le 24 octobre 1870 et qui sont purement et simplement étrangers.

Nous ne saurions accepter cette distinction. Le sénatus-consulte de 1865 n'est plus en vigueur; personne ne peut s'en prévaloir. Le décret de 1870 avait sans aucun doute possible, visé tous les Israélites régis par le sénatus-consulte de 1865. Tous les indigènes étaient devenus citoyens français; c'est pourquoi le sénatus-consulte de 1865 a été abrogé deux fois plutôt qu'une. Il n'avait plus aucune utilité, on le supprimait radicalement. Donc le sénatus-consulte de 1865 a été abrogé; il a été décidé le 24 octobre 1870 que pas un seul des Israélites qui pouvaient s'en prévaloir jusqu'à ce jour ne pourrait s'en prévaloir à l'avenir. Ce sénatus-consulte n'a jamais été remis en vigueur; son abrogation persiste. C'est pourquoi pas un seul des Israélites qui jusqu'en 1870 se prévalaient du sénatus-consulte de 1865 ne peut depuis le 24 octobre 1870 s'en prévaloir. Et les Israélites qui n'ont pas eu la bonne fortune de pouvoir remplir les conditions exigées par le décret du 7 octobre 1871, bien que jusqu'à ce décret ils aient été indigènes au sens du sénatus-consulte de 1865 qui était aussi celui du décret de 1870, ont cessé à cette époque-là, d'être des indigènes; et ont cessé de l'être, *retroactivement* puisqu'on les a rayés impitoyablement des listes électorales par application toujours du même décret funeste de 1871. N'étant pas indigènes ils ne sont pas Français; ils sont nécessairement étrangers, et étrangers sans nationalité déterminée! Ce résultat est à tous les points de vue désastreux. Mais si l'on admet comme nous avons cru devoir le faire, que le décret de 1871 est toujours en vigueur, et que lui seul détermine l'indigénat israélite, on aboutit nécessairement à ce résultat. Le décret de 1871 est le grand coupable! (Cf. Audinet, *op cit.*, p. 490.)

trouver la solution. Ou bien, ils peuvent facilement invoquer une autre nationalité que la nationalité française : ce sont des Israélites étrangers venus en Algérie postérieurement à l'occupation et qui ne sont pas encore devenus citoyens français par application des règles sur la nationalité. Ceux-là ont conservé leur nationalité première ; ils sont étrangers, tous sur le même pied, d'où qu'ils viennent. Mais ils pourront devenir citoyens français par application des règles qui régissent l'acquisition de la nationalité en France (1). (Lois du 26 juin 1889 et 22 juillet 1893.)

1. Cette conception n'est pas celle de M. Tissier. M. Tissier qui rejette, nous l'avons vu, l'application du décret de 1871 décide que l'indigénat se détermine d'après les règles du droit civil français sur la nationalité. « Les musulmans indigènes algériens, israélites indigènes algériens sont ceux qui originaires d'Algérie sont devenus sujets français. Ils sont devenus sujets français et ont été indigènes algériens, dès lorsqu'ils ont satisfait aux conditions de naissance et de résidence prescrites par la loi française pour l'acquisition de la nationalité française. En d'autres termes, les mêmes circonstances qui en France et indépendamment de toute naturalisation donnent la qualité de Français, donnent en Algérie à un musulman ou à un israélite la qualité d'indigène algérien. » (R. A., 1891.1.75.) La conséquence de cette théorie c'est que tous les Israélites nés en Algérie et issus de parents étrangers, de parents venus des pays voisins, seront ou étrangers ou indigènes selon qu'ils auront ou non satisfait aux conditions d'acquisition de la qualité de Français d'après les lois sur la nationalité qui leur sont applicables. Notamment d'après M. Tissier tous les Israélites nés en Algérie de parents étrangers et soumis à la loi du 26 juin 1889 seront indigènes si dans leur vingt-deuxième année ils n'ont pas opté pour leur nationalité d'origine ; de même ceux qui sont nés de parents nés en Algé-

Ou bien, ils ne peuvent invoquer une autre nationalité ; alors, comme ils ne peuvent plus invoquer la

rie sont indigènes de plein droit, dit-il. (Cf. Sirey, 1897.1.98, colonne 2.) Et étant indigènes ils deviennent citoyens français par application du décret du 24 octobre 1870.

Malgré toute l'autorité qui s'attache au nom de l'auteur nous persistons dans notre manière de voir

La thèse de M. Tissier nous paraît en effet être une application erronée des principes du droit civil relatifs à la nationalité, en même temps qu'une méconnaissance des faits historiques.

C'est une application erronée des principes du droit civil. En effet, pour nous placer sous le régime actuel, la conception de M. Tissier fait une distinction entre l'Algérie et la France qui ne se trouve ni dans la loi du 26 juin 1889, ni dans celle qui l'a en partie modifiée, la loi du 22 juillet 1893. Les dispositions de ces lois qui s'appliquent à l'Algérie doivent s'y appliquer aussi *intégralement* qu'en France : où la loi ne distingue pas nous n'avons pas à distinguer.

La conception de M. Tissier fait encore, en ce qui concerne l'Algérie, une distinction entre les différents étrangers qui veulent invoquer les principes français sur la nationalité ; d'un côté les étrangers musulmans et israélites, de l'autre tout le reste des étrangers. Les étrangers musulmans et israélites acquièrent la qualité d'indigènes, les autres la qualité de citoyen.

Cette deuxième distinction qui vient se greffer sur la première est aussi arbitraire. Les règles de notre droit civil sur la nationalité s'appliquent à tous les étrangers sans aucune distinction de race et de religion. La loi ne distingue pas... et nous aurions mauvaise grâce à distinguer.

Mais cette doctrine est en outre contraire à la vérité historique. M. Tissier admet par là, en effet, que l'indigénat est une qualité qui s'acquiert tous les jours ; M. Tissier admet que l'on puisse devenir indigène. Or, nous avons eu l'occasion de dire plusieurs fois pour quoi nous ne pensons pas que l'indigénat puisse s'acquérir journalle-

nationalité française puisqu'ils n'ont pu se conformer au décret de 1871, ils constituent une classe à

ment. Nous ne pouvons que nous répéter : l'indigénat est une situation exceptionnelle, exorbitante du droit commun, que l'on a faite à tous les individus qui, de sujets algériens devenaient Français par l'annexion. Sont seuls indigènes ceux qui ont subi l'annexion en 1834, ou leurs descendants. (Cf. *Introd.* ; cf. aussi page 42.) Ce point de départ de l'indigénat algérien, c'est la conquête ; tous les juifs ou musulmans qui ont été annexés ont été indigènes ; puis la qualité s'est transmise et se transmet par le sang. (Cf. *Sarrut, D. P.*, 1896, t. 357, col. I). Dire qu'un individu devient indigène, au sens que la législation algérienne attache à ce mot, c'est méconnaître l'histoire de la législation algérienne. Et c'est en méconnaître tout le caractère. La législation algérienne s'est formée et se forme encore, laborieusement, lentement, au gré des circonstances. On n'en peut arriver à bien pénétrer l'esprit, à l'expliquer vraiment, qu'en la suivant pas à pas dans son évolution. C'est de l'inobservance de ce caractère que proviennent souvent la multiplicité et l'ambiguïté des solutions proposées pour les problèmes de législation algérienne. Pour savoir avec le moins de chances d'erreurs possible, ce qu'un texte de législation algérienne signifie, il faut le suivre dans sa formation historique ; toutes les solutions données en s'appuyant sur des principes ne sauraient toujours être exactes ; il y a, bien souvent, beaucoup de chances pour qu'elles ne soient que des explications ingénieuses. Lorsqu'on a promulgué des textes en Algérie, on ne s'est guère demandé à quels principes il fallait les rattacher ; on est parti de faits brutaux et impérieux bien plus que de principes de droit.

Et c'est pour cela que nous considérons que l'avis du ministre Lambrecht qui voulait que l'on déterminât l'indigénat d'après les règles du droit civil, de même que celui du garde des sceaux Dufaure qui, dans une circulaire du 13 novembre 1871 exprimait la même opinion (Cf. *Tissier, S.*, 1897, t. 98, 3^e colonne) sont également erronés. M. Tissier ne saurait nous ébranler un seul instant en citant ces deux avis

part, ils sont de véritables *heimatlosen*. Et pour eux la loi de 1889 précisément dirigée en partie contre les *heimatlosen* (et modifiée par la loi de 1893) fonctionnera très efficacement ; au bout de deux générations ils seront citoyens français.

Ainsi à la question préliminaire que nous nous étions

qui sont conformes à sa solution. Nous répétons que pour savoir qui est indigène, il faut se demander qui a été annexé et non quelles sont les règles de droit civil applicables. Les indigènes israélites (comme les indigènes musulmans) visés par le sénatus-consulte de 1865 sont certainement ceux qui ont été déclarés Français par la conquête, ou leurs descendants ; et c'est à ces israélites, à ceux-là seuls, mais à tous ceux-là que le décret du 24 octobre 1870 faisait allusion. Ce n'est que parce que le décret du 7 octobre 1871 a consacré un système formel, exorbitant du droit commun que l'on peut arriver à donner une autre définition de *l'indigénat israélite*. Mais précisément, comme ce texte de 1871 édicte une disposition toute exceptionnelle, nous considérons qu'il est abusif de l'étendre et de l'appliquer aux musulmans. Les seuls musulmans qui sont indigènes sont ceux qui ont été annexés ou descendent de parents annexés ; il n'y en a pas d'autres et il n'y en aura jamais d'autres tant qu'un texte n'interviendra pas (Cf. en sens contraire, Tissier, S., 1897.1.98). C'est pourquoi tous les Tunisiens ou Marocains musulmans qui viennent se fixer en Algérie ne peuvent donner naissance qu'à des étrangers auxquels s'appliqueront les règles du droit commun sur la nationalité.

Cf. en sens contraire, Tissier, S. 1897.1.98 ; Cf. aussi Besson, *La législation civile de l'Algérie*, page 82. M. Besson emploie un raisonnement qui diffère de celui de M. Tissier pour arriver au même résultat. Il lui semble difficile que des musulmans, (Marocains et Tunisiens), assimilés aux indigènes musulmans sous le rapport du droit civil, soient soumis à un régime différent pour acquérir la nationalité. Cette conception ne résiste pas à l'examen. L'assimilation au

posée en tête de notre chapitre III, nous répondons très catégoriquement : Il ne peut pas juridiquement y avoir en Algérie d'indigènes israélites. Tous les Israélites d'Algérie sont ou des citoyens français ou des étrangers.

Mais un fait s'impose à nous. La jurisprudence algérienne, sous toutes ses formes, et même la jurisprudence du conseil d'Etat, admettent qu'il y a des indigènes israélites soumis au régime du sénatus-consulte de 1865. Il nous faut donc, parlant de cette conception certainement erronée, mais qui aboutit journellement à des conséquences pratiques, nous demander quelle influence la conversion d'un de ces pseudo-indigènes va avoir sur sa situation juridique.

point de vue civil est quelque chose d'exceptionnel ; on ne peut l'étendre.

Cf. toujours en sens contraire, Charpentier. *Précis de législation algérienne et tunisienne*, page 224 ; Albert Hugues. *La nationalité française chez les musulmans de l'Algérie*, p. 42.

Cf. dans notre sens : Larcher, *Traité élémentaire de législation algérienne*, t. 2, p. 230 ; Surville. *Naturalisation d'un indigène musulman. Ses effets au regard du statut personnel des enfants mineurs du naturaliste*, page 211 ; note anonyme sous cassation 18, 22, 27 avril 1896, S., 1896.1.243.

Cf. aussi : Alger, 31 décembre 1889, R. A , 1890.2.90 ; Cass. 17 mai 1897, D. A , 97.2.232.

SECTION I.

Un indigène israélite se convertit au christianisme.

Quelle va être la situation juridique de l'indigène juif qui est devenu chrétien ?

Nous remarquons que cet individu reste indigène ; on pourrait en conclure que toute la législation qui lui était antérieurement applicable reste en vigueur. Cette formule serait très certainement exagérée. En effet, le sénatus-consulte de 1865 que, par hypothèse, nous supposons régir l'Israélite dont nous nous occupons, avant sa conversion, décide que le statut personnel des indigènes israélites est régi par la loi mosaïque (cf. art. 2). Il y a donc dans la situation juridique de tout indigène juif une part de législation inséparable de sa religion. *Et c'est cette part de législation qui, à notre avis, va cesser d'être applicable après la conversion.*

Nous disons donc : la conversion d'un indigène israélite au christianisme n'aura d'effets qu'en ce qui touche sa législation civile ; mais en la matière, elle aura un effet juridique qui n'est guère contestable : le converti sera désormais régi pour tout son statut personnel par la législation civile française.

Si l'on admet le raisonnement que nous avons tenu

dans le § 2 de la section II de notre chapitre I, en ce qui concerne l'indigène musulman converti, on admettra facilement la solution que nous proposons. Un raisonnement absolument identique est en effet appelé par une identité de motifs. Les Juifs indigènes ont été considérés de tout temps comme des Français, au même titre que les musulmans. Le sénatus-consulte de 1865 article 2 est très net sur ce point. Dès lors, une conséquence toute naturelle de cette manière de voir, c'est que pour les Juifs comme pour les musulmans, la législation normale, c'était la législation française. Par suite de considérations plus ou moins généreuses on leur avait laissé l'application de la loi mosaïque en ce qui concernait leur statut personnel mais ce n'était là qu'une entorse aux principes, ce n'était incontestablement qu'une législation exceptionnelle.

Et c'est certainement en partant de cette conception, d'une manière plus ou moins consciente, que la jurisprudence était arrivée de bonne heure, à considérer, même pour les matières où la loi mosaïque était réservée, que les indigènes Israélites pouvaient opter pour la loi française, demander à en relever.

La cour d'Alger n'avait d'abord pas admis cette manière de voir ; elle décidait que les Israélites qui s'étaient mariés devant l'officier de l'état civil français n'étaient pas censés avoir adopté les règles de notre

Code civil quant à leur mariage. Mais la cour de cassation a toujours jugé en sens contraire, et très raisonnablement la cour d'Alger s'est rangée à son avis (1). C'est certainement aussi en partant de cette conception que la cour de cassation était arrivée par application du sénatus consulte de 1865 à décider que les indigènes israélites étaient régis par la loi française en ce qui concernait leurs successions, bien que les travaux préparatoires de cette disposition législative, montrassent à peu près certainement que l'on avait voulu réserver la loi mosaïque pour les successions autant que le « statut personnel » qui est seul mentionné dans l'article 2. La cour interprétait d'une manière toute restrictive, un texte qui édictait une disposition toute exceptionnelle (2).

1. Civ. cass., 15 avril 1862, J. A., 1862, 25. S., 1862.1.577 ; Cas.s., req., 8 janvier 1876, J. A., 1876, 1. S., 1875 1.308 ; Cass., req., 6 juin 1883, B. J. A., 1883, 177. S., 1884.1.99.

La cour d'Alger a d'abord été en sens inverse :

Alger, 16 novembre 1858, J. A., 1858, 56. S., 1859 2.509 ; Alger, 19 janvier 1860, J. A., 1860, 1. S., 1860.2.357 ; Alger, 7 juin 1865, J. A., 1867, 30 ; Alger, 26 juillet 1869, J. A., 1869, 26. S., 1869.2.265.

Mais elle a fini par se ranger à l'avis de la cour de cassation.

Alger, 13 novembre 1882, B. J. A., 1883, 150 ; Alger, 7 mai 1883, J. A., 1883, 177. Alger, 29 décembre 1885, R. A., 1886.2.178 ; Alger, 15 juin 1892, R. A., 1892.2.403.

2. Cass. req., 16 juin 1869, J. A., 1869, 18. S., 1869.1.377 ; Cass. req., 5 décembre 1871, J. A., 1871, 23 ; Cass. req., 31 mars 1874, J. A., 1874, 20. S., 1874.1.346 ; dans le même sens, Alger, 22 décembre 1871 ; 20 novembre 1873, S., 1874.2.166.

Mais si la législation juive qui était réservée aux indigènes israélites et qui leur est encore réservée en pratique est une législation toute exceptionnelle, est une entorse aux principes, il faut décider qu'elle ne saurait s'étendre hors des cas où elle a une raison d'être. La législation mosaïque ne peut plus être applicable à des non israélites.

Il y aurait quelque chose de vraiment choquant à maintenir au profit, ou plus exactement à l'encontre d'un chrétien, une loi qui n'est que l'application de préceptes religieux qu'il ne professe plus, qu'il a repoussés ! Il y aurait même là une violation de la loi mosaïque, car se serait l'appliquer à des individus qu'elle ne connaît pas, qu'elle veut ignorer ; la loi juive comme la loi musulmane est une loi théocratique ; elle entend ne régir que les membres de la communauté religieuse.

Ainsi la conversion d'un indigène israélite au christianisme peut produire des conséquences juridiques en ce qui concerne sa législation civile. Le converti devra, même en ce qui touche son statut personnel, se soumettre à notre Code civil. Et si l'on considère que pour les successions et le statut réel cet indigène était déjà régi par le droit civil français, il faut dire que sur ce point la conversion ne fera que parachever l'œuvre d'assimilation commencée.

Mais par ailleurs, nous pensons résolument que rien ni dans l'application des droits politiques, ni

dans l'application du droit pénal ne sera changé par cette conversion (1).

SECTION II

Un indigène israélite se convertit à l'islamisme.

§ I. — Droits politiques.

La solution à donner nous paraît simple : Cette conversion, au point de vue politique, ne saurait produire aucun effet juridique.

En effet, des deux choses l'une. Ou la pratique algérienne accorde à l'indigène juif les mêmes droits qu'à l'indigène musulman en matière politique (2) ; et alors la conversion sera évidemment inopérante.

Ou la pratique algérienne au contraire fait un sort différent aux deux catégories d'indigènes (3) ; mais

1. Nous ne croyons pas devoir insister sur ce point. Les principes que nous avons invoqués § 1, d. III, § 3, p. 168, § 4, p. 177 nous conduiraient à des raisonnements et à des solutions analogues à ceux que nous avons exprimés dans ces différents paragraphes.

2. On pourrait en effet concevoir, à la rigueur, que le raisonnement suivant ait prévalu : l'indigène musulman et l'indigène israélite ont jusqu'en 1870 eu le même sort politique ; il faut continuer aujourd'hui à leur faire le même sort, et appliquer à l'indigène israélite tous les textes postérieurs à 1870 qui ont visé l'indigène musulman : D. 7 avril 1884, D. 23 août 1898, D. 24 septembre 1908.

3. On pourrait concevoir un autre raisonnement et c'est celui qui a

alors la conversion sera encore inopérante, parce qu'il nous semble (nous l'avons répété à satiété) que le législateur français en Algérie comme en France ignore d'une manière générale les religions, et qu'il n'a pu prendre en considération la religion musulmane (et avant 1870 la religion juive) qu'en matière civile, et d'ailleurs pour des individus déterminés.

§ 2. — Droit civil.

Au point de vue de la législation civile, la situation de l'indigène israélite telle qu'elle est définie par le sénatus-consulte du 14 juillet 1865 se résume en une proposition bien simple : l'indigène juif est soumis à la législation civile française, sauf en ce qui concerne son statut personnel où il pourra tou-

nos préférences : La situation de l'indigène israélite au point de vue politique comme au point de vue civil ne peut être que celle qui lui a été faite par les textes antérieurs au 24 octobre 1870 et par ceux-là seuls; on ne saurait lui appliquer les textes postérieurs à 1870, relatifs à l'indigène musulman, parce qu'ils n'ont pu viser que l'indigène musulman. En sorte que dans ce système, l'indigène israélite serait soumis au sénatus-consulte de 1865 et aux décrets du 11 juin 1870 et du 27 décembre 1866, concernant les conseils généraux et les conseils municipaux.

Il nous semble que l'on ne peut que choisir entre les deux solutions que nous venons de proposer. Nous ignorons quel est le système adopté par l'Administration algérienne.

jours invoquer l'application de la mosaïque. La loi mosaïque a donc un champ d'application beaucoup plus restreint que la loi musulmane.

Dès lors, il peut sembler que le Juif indigène qui est plus près du citoyen par sa législation civile que ne l'est l'indigène musulman, va pouvoir, de par sa conversion, être régi par la loi musulmane, en matière de succession par exemple. Ce serait évidemment là un effet juridique assez caractérisé. Mais il ne faut pas hésiter à le repousser. En effet, il ne doit pas plus être permis à un indigène juif qu'à un citoyen français d'échapper à la législation civile française à raison d'une conversion à l'islamisme. Il n'est pas possible de concevoir un individu dont la seule loi est la loi française, abandonnant cette loi par sa seule volonté, pour se soumettre à une loi qui n'est qu'une entorse aux principes généraux et qui ne peut trouver application que pour les cas visés et dans les circonstances déterminées.

Donc l'indigène israélite qui se convertit à l'islamisme n'en reste pas moins, après sa conversion comme avant, soumis aux lois françaises en tout ce qui concerne sa législation civile sauf son statut personnel.

Mais précisément quid de ce statut personnel ? L'indigène devenu musulman, va-t-il pouvoir continuer à invoquer la loi juive pour toutes les matières de son statut personnel ? Cela nous semble impos-

sible. Absolument comme lorsque cet indigène ne convertit au christianisme, il faut dire qu'il ne peut continuer à être régi par une loi qu'il ne pouvait invoquer que comme juif.

Mais alors ce nouveau musulman va-t-il pouvoir invoquer pour son statut personnel la loi musulmane ? Nous ne le pensons pas ; il ne nous est pas permis d'admettre qu'un individu par sa seule volonté puisse modifier son état et sa capacité. Et c'est d'autant moins possible en la circonstance que, nous le répétons, la loi musulmane n'a été maintenue que très exceptionnellement à certains individus (cf., introduction pages 36-37), et que nous ne voyons guère comment un changement de religion en dehors de tout texte pourrait soumettre un individu à une législation d'exception. Il en résulte que la loi civile française *reprenra toute sa vigueur*.

Et ainsi loin d'affirmer que l'indigène israélite par sa conversion à l'islamisme va s'éloigner de la législation civile française pour se rapprocher des règles islamiques, nous affirmons que cet indigène va par là se soumettre entièrement aux règles du Code civil.

§ 3. — Droit pénal.

Quels effets juridiques vont se produire au point de vue pénal ?

Nous pouvons donner une formule négative :

L'indigène israélite converti à l'islamisme conserve sa situation juridique en ce qui concerne le droit pénal.

En effet, des deux choses l'une. Ou cet indigène avant sa conversion se trouvait déjà soumis au même régime que les indigènes musulmans et alors sa conversion restera indifférente.

Ou cet indigène échappait en tout ou partie à la législation pénale spéciale aux indigènes musulmans, et sa conversion ne pourra l'y soumettre : la conversion religieuse d'un indigène juif, en dehors de son statut personnel, ne peut avoir aucune influence juridique ; et sûrement elle ne peut avoir pour conséquence de le soustraire à des dispositions d'ordre public générales, à des dispositions de droit pénal ordinaires, pour le soumettre à d'autres dispositions, *exceptionnelles*, et plus rigoureuses.

§ 4. — Juridictions.

La réponse est simple pour les juridictions civiles. L'indigène israélite bien que pouvant encore invoquer la loi mosaïque a très vite cessé d'être justiciable des autorités rabbiniques. De très bonne heure, bien avant le sénatus-consulte de 1865 (1), on l'a assimilé aux citoyens français sur ce point : il

1. Cf. ordonnance du 28 février 1841, art. 50.

est absolument impossible qu'il se désassimile par une conversion qui est inopérante au point de vue du fond du droit !

Mais la réponse nous paraît aussi très simple pour les juridictions pénales. En effet, aucun des textes créant des juridictions répressives spéciales en Algérie n'a pu viser l'indigène israélite puisque tous ces textes sont postérieurs au décret du 24 octobre 1870 et puisque depuis ce décret, il n'y a plus d'indigènes israélites aux yeux du législateur. Les indigènes juifs sont en dehors de l'application de ce régime exceptionnel ; ils doivent continuer à y rester tant que la loi n'en aura pas décidé autrement.

Par ce quatrième paragraphe nous avons presque achevé notre deuxième section. Nous l'aurons terminée complètement quand nous l'aurons rapprochée d'une autre partie de notre travail. La religion musulmane avons-nous dit dans notre première partie, ne peut avoir aucun effet direct sur la situation juridique d'un Européen. Mais nous n'avons cependant pas nié toute influence de la conversion à l'islamisme. Nous avons été obligé de reconnaître que certains effets juridiques se rattachaient à cette conversion (Cf., p. 60 et s.). Or, pour les mêmes raisons des effets juridiques identiques vont être susceptibles de se produire ici. Nous ne voulons qu'un exemple de ce que nous avançons ; par sa conversion, Prima, indigène juive, pourra permettre à

ses enfants, s'ils sont indigènes musulmans, de recueillir sa succession.

Et maintenant nous pouvons donner une formule générale : le Juif indigène converti à l'islamisme, n'aura en rien la situation juridique de l'indigène musulman ; mais cette conversion ne sera pourtant pas tout à fait inopérante au point de vue juridique ; la conversion à l'islamisme pourra entraîner certains effets de droit que nous avons appelés « indirects ». (Cf., p. 60).

CHAPITRE IV

Un Israélite originaire des pays islamiques abjure sa religion.

SECTION II

Il se convertit au christianisme.

Au point de vue politique, sa situation reste la même ; il est toujours ni plus ni moins un étranger.

Au point de vue pénal, nous estimons que la conversion n'aura pas non plus d'influence (Cf. p. 194, note 1). Mais que décider pour la législation civile ? A vouloir faire application des principes de droit international, on est amené à dire : il faudra faire à cet étranger la même situation juridique que celle qui lui serait faite dans son pays après une pareille conversion.

Mais précisément il n'est pas possible de savoir quelle législation civile lui serait applicable dans son pays après cette conversion !

Nous pensons qu'il faut hardiment jeter à bas les principes ordinaires du droit international privé

puisque leur application est ici impossible, et se déterminer purement et simplement par des considérations de bon sens et d'équité.

Or, il n'est pas possible de continuer à appliquer au converti la loi mosaïque puisqu'il a repoussé la religion de Moïse. Le bon sens commande cette solution. Mais il n'est pas possible de lui appliquer la loi française par le même raisonnement qu'à l'indigène israélite, car il n'est qu'un étranger ; il n'a pas la qualité de Français. Il n'a plus alors de législation civile ; il lui en faut bien une pourtant ! Nous pensons qu'il faudra lui appliquer la loi de son domicile de fait, la loi française.

SECTION II

Il se convertit à l'islamisme.

Cet ancien israélite est toujours étranger ; donc il reste toujours sans droits politiques.

De même, la législation pénale qui lui est applicable ne va pas varier par la conversion.

Mais que dire de sa législation civile ?

Nous estimons qu'il faudra désormais lui appliquer la loi civile musulmane. Si nous supposons en effet un Marocain juif se convertissant au Maroc, à l'islamisme, il est avéré qu'il y devient soumis à toutes

les règles de droit musulman ; ce Marocain venant en Algérie rentrerait alors exactement dans la situation visée par les textes pour l'étranger musulman. Or nous pensons qu'il faut faire la même situation au Marocain converti en Algérie, que celle qui lui serait faite s'il était converti au Maroc puis était venu se fixer en Algérie.

Nous n'insistons guère d'ailleurs sur de pareilles hypothèses qui sont purement théoriques.

CONCLUSION

Nous voici arrivé au terme du travail que nous avons entrepris.

Nous avons examiné la situation juridique faite aux différentes catégories d'individus composant la population algérienne au cas de conversion religieuse. Nous nous sommes demandé pour chacune d'elles en quoi un changement de religion pouvait influencer la législation qui leur est applicable tant en ce qui concerne les droits politiques que le droit civil, que le droit pénal.

L'esprit de la législation algérienne, tel que nous l'avons compris (cf. pp. 35-38) devait nécessairement nous amener à restreindre considérablement les effets juridiques inhérents à une conversion religieuse. Puisque le principe de la séparation du droit et de la religion est en Algérie la règle, comme dans la métropole, et puisqu'il n'y a été porté que des atteintes très exceptionnelles et dans une mesure très étroite, nous devons nécessairement arriver à n'attribuer à la conversion religieuse que des effets juridiques plutôt rares.

Conséquent avec nous-même, nous n'avons jamais admis que ceux qui cadrent avec les principes que nous avons émis.

Il nous a semblé que la religion musulmane (ou juive) n'avait pu être prise en considération qu'en ce qui touche la législation civile; or, il n'y a que pour cette branche du droit que nous avons admis une influence de la conversion.

Il nous a semblé que ces religions n'avaient pu être prises en considération que chez les indigènes (1) c'est-à dire ceux qui devenaient Français par l'annexion; or, il n'y a que pour eux et leurs descendants que nous avons admis la même influence.

Par ailleurs, il nous a semblé qu'à ces indigènes on avait laissé leur législation civile (dans les matières où il leur est permis d'y recourir) avec toute la force qu'elle avait avant l'annexion; aussi avons-nous admis que la loi musulmane, de même que la loi juive, devait être respectée même à l'encontre de nos règles d'ordre public, notamment lorsqu'elle ne permettait pas à une musulmane d'épouser un non musulman, lorsqu'elle ne permettait pas au musulman d'épouser une femme non *kitabia*, ou lorsqu'elle ne permettait pas au croyant d'hériter du mécréant et *vice versa*. Et ainsi, nous avons admis encore, par suite de ces con-

1. Nous rappelons que l'application de la même loi, permise aux *étrangers musulmans* est le fruit d'une assimilation de cet étranger à l'indigène.

sidérations, certains effets de droit dérivant d'un changement de religion.

Mais les quelques conséquences juridiques que nous avons dégagées et qui nous paraissent peu contestables semblent devoir subsister longtemps encore. Elles sont en effet presque exclusivement inhérentes à l'application de la loi musulmane en Algérie, et il nous semble que longtemps encore cette loi régira nos indigènes musulmans. La suppression de la loi musulmane en Algérie n'est pas une réforme législative qui puisse être raisonnablement envisagée à l'heure actuelle et d'ici longtemps elle ne pourra pas l'être.

Sans doute, on a déjà porté atteinte à cette loi en matière de statut réel ; sans doute, en territoire civil moins la Kabylie on a purement et simplement imposé aux indigènes l'application de la loi française en matière d'obligation. Mais ce premier pas assez hâtif dans la voie de l'assimilation s'explique aisément. Cela tient à ce que depuis longtemps la législation des sociétés musulmanes en ce qui concerne les obligations et le statut réel, n'est plus la loi révélée par Dieu au Prophète. Depuis longtemps, il s'est produit pour ces deux parties du droit une dissociation entre le « jus » et le « fas ». La loi révélée, immuable, intangible et une pour tous les pays, est bien vite devenue une inutilité devant les nécessités économiques qui ont varié et avec le temps et avec les

pays. Elle a persisté, personne n'a osé y porter atteinte; mais elle est devenue « un je ne sais quoi » vide de sens, à côté duquel s'est juxtaposée une législation coutumière, une législation de fait, adéquate aux besoins, susceptible de s'adapter aux variations économiques. Cette dissociation s'est faite lentement, inconsciemment peut-être, mais avec la sûreté des phénomènes économiques, au point qu'elle a atteint son plein développement au centre même du monde islamique, dans le foyer de propagation le plus intense de la loi de Mahomet, à la Mecque même, vers laquelle tous les jours des centaines de millions de sujets tournent pieusement les yeux.

Mais le même phénomène ne s'est pas produit en matière de statut personnel. Ici l'évolution du droit était à la merci non plus d'une évolution économique, mais avant tout, d'une évolution des mœurs. Or, cette évolution des mœurs ne s'est pas produite, parce que dans le monde musulman, les mœurs sont une émanation de la religion. La religion musulmane, religion temporelle autant que spirituelle, a régi non pas seulement la vie intérieure, la vie contemplative du croyant, mais encore sa vie active, sa vie extérieure; elle dépasse de beaucoup le domaine des âmes... Le Prophète a institué une religion qui absorbait toute la vie civile de ceux qui la pratiquaient, dans leur vie religieuse. Et à l'heure actuelle, il n'y a peut-être pas de point où l'union première des deux domaines soit

restée aussi intacte, aussi vivante qu'en matière de statut personnel. Le statut personnel musulman, c'est aujourd'hui encore l'union indissoluble du temporel et du spirituel.

Aussi, tant que l'indigène sera un croyant, tant qu'il récitera avec la même ferveur son credo « *Illah i Illah !* » nous serons impuissants à lui enlever son statut personnel. Si demain nous lui imposons notre droit civil dans toute son intégralité, nous nous trouverions en présence de la plus formidable des résistances, de la plus invincible des forces, l'inertie.

Parmi les rares indigènes qui se naturalisent, combien y en a-t-il qui ne vivent plus de la même vie que leurs pères ? A quelques rares exceptions près, tous contractent mariage selon les formes musulmanes, tous pratiquent la claustration des femmes, tous perpétuent vis-à-vis de leurs femmes et de leurs enfants les abus auxquels la législation musulmane qu'ils continuent seule de pratiquer, donne libre cours. Ils sont des Français par la loi ; ils sont par le cœur et par l'esprit des musulmans. Eh bien ! toutes les réformes législatives qui tendraient à soustraire l'indigène à son statut personnel, tendraient à généraliser une pareille situation. La suppression du statut personnel musulman ne pourra se produire efficacement qu'au moment où l'indigène se sera, par l'état de ses mœurs, rapproché des civilisations européennes ; et cette évolution des mœurs ne se produira qu'avec

l'évolution, c'est-à-dire la déchéance, de la religion musulmane, puisqu'ici les mœurs sont une émanation de la religion.

Ce serait une véritable folie que de demander au législateur de donner une civilisation à un peuple. Les lois ne viennent pas d'en haut ; elles viennent d'en bas. Par un travail lent, inconscient mais irrésistible, elles montent peu à peu de la masse, pour être transformées en formules par une élite intellectuelle.

Un peuple n'est pas façonné par ses lois ; c'est au contraire lui qui les crée de toutes pièces. Et ce n'est que parce que la loi est la cristallisation des aspirations communes que l'on peut arriver à croire que ces aspirations sont créées par la loi. Cette vérité, si peu contestable qu'elle est presque un axiome, trouve évidemment ses application en Algérie comme dans tous les pays, et nous nous étonnons seulement que quelques partisans outranciers du régime de l'assimilation aient pu la méconnaître !

Contre ce mal que nous venons d'indiquer rapidement, celui des traditions religieuses, y a-t-il des remèdes efficaces ?

Nous n'avons vraiment foi qu'en l'instruction. C'est par l'instruction que l'on arrivera à élever le sens moral de l'indigène très peu développé par sa religion ; c'est par l'instruction que l'on arrivera à lui donner la notion du progrès que la même religion

par son fatalisme absurde a complètement atrophiée en lui.

Mais ce remède ne portera ses fruits que très lentement. L'enfant indigène qui a été élevé dans les villages français, qui est entré en contact dès son bas-âge avec l'élément européen, qui a commencé à apprendre tant bien que mal notre langue et nos usages pourra évidemment, s'il le veut, profiter des leçons de l'instituteur du village. Mais comment instruire l'enfant des douars ? En y créant des écoles ? Quel bagne pour les malheureux instituteurs ! Et puis c'est se bercer de bien douces illusions que de croire qu'un père de famille qui gagne péniblement sa vie comme ouvrier agricole dans les fermes voisines, ou en cultivant pour son propre compte un maigre lopin de terre, consentira à se défaire de ses enfants à l'âge où ils commencent à pouvoir l'aider, en s'employant comme bergers ou en accomplissant certains travaux des champs qui n'exigent ni force ni adresse. Cette difficulté qui provient de nécessités économiques est d'autant plus à retenir, croyons-nous, qu'il faut tout naturellement à l'enfant indigène beaucoup plus d'efforts persévérants, beaucoup plus de temps pour arriver à un degré de culture élémentaire, qu'il n'en faut à l'enfant né de parents français.

Il nous semble donc que l'instruction est et sera un facteur d'assimilation ; mais c'est un facteur qui vaudra surtout dans l'avenir. A l'heure actuelle, son

champ d'action est très étroitement limité et ce n'est que très progressivement qu'il s'étendra.

Et nous croyons que si le législateur veut être respectueux des vérités sociales les plus indéniables, longtemps encore, la loi musulmane recevra application en Algérie, parce que longtemps, longtemps encore il y aura loin de l'homme éclairé, conscient du bien et du mal, à l'indigène possédant pour tout bagage littéraire, philosophique et scientifique les innombrables potins du « café maure » et les histoires filandreuses et apocalyptiques qui se transmettent de père en fils.

Vu : le Président de la thèse,

ANDRÉ WEISS

Vu : le Doyen,

P. CAUWÈS

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD

ADDENDUM

Si, parmi les pays à civilisation européenne, il en était dont la législation attribue à la conversion à l'islamisme, des conséquences telles que le converti ne puisse plus avoir d'autre loi civile que sa loi religieuse musulmane, nous pensons qu'il faudrait assimiler cet Européen converti, aux musulmans originaires des pays islamiques, au point de vue de ses droits civils, c'est-à-dire en définitive lui donner en Algérie la même législation civile qu'à l'indigène musulman.

Nous avons vainement cherché une législation européenne attachant de pareils effets à la conversion à l'islamisme.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
PRÉFACE.	7
BIBLIOGRAPHIE	17
INTRODUCTION.	23

PREMIÈRE PARTIE

Un Européen se convertit à l'islamisme.	41
CHAPITRE I. — Y a-t-il des effets de droits directs se rattachant à cette conversion ?	41
1° Influence sur la nationalité.	41
2° Influence sur la législation civile.	47
CHAPITRE II. — Y a-t-il des effets indirects se rattachant à cette conversion ?	60

DEUXIÈME PARTIE

Un individu dont tout ou partie de la législation est la loi religieuse, abjure sa religion.	107
CHAPITRE I. — Un indigène musulman abjure sa religion.	108
<i>Section I.</i> — Il se convertit au christianisme.	108
§ 1. — Effets quant aux droits politiques.	111

§ 2. — Effets quant au droit civil. . . .	123
§ 3. — Effets quant au droit pénal . . .	163
§ 4. — Effets quant aux juridictions. . .	177
<i>Section II.</i> — Il se convertit au judaïsme. .	188
CHAPITRE II. — Un étranger musulman abjure sa religion	194
<i>Section I.</i> — Il se convertit au christianisme. .	196
<i>Section II.</i> — Il se convertit au judaïsme. .	197
CHAPITRE III. — Un indigène israélite abjure sa religion	199
<i>Question préliminaire :</i> Y a-t-il des indigènes israélites ?	199
<i>Section I.</i> — Il se convertit au christianisme. .	249
<i>Section II.</i> — Il se convertit à l'islamisme .	253
§ 1. — Effets quant aux droits politiques. .	253
§ 2. — Effets quant au droit civil. . . .	254
§ 3. — Effets quant au droit pénal. . .	256
§ 4. — Effets quant aux juridictions. . .	257
CHAPITRE IV. — Un Israélite originaire des pays islamiques abjure sa religion	260
<i>Section I.</i> — Il se convertit au christianisme. .	260
<i>Section II.</i> — Il se convertit à l'islamisme .	261
CONCLUSION	263

